

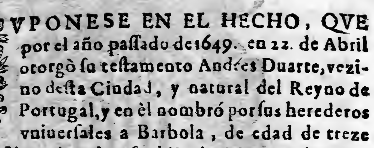
POR
D. IVAN DE OVANDO, CLERIGO PRESBYTERO. VEZINO DESTA CIVDAD.

COMO PATRON, Y CAPELLAN PERPETVO

de la Capellania, que en la Iglesia Parroquial de señora Santa Ana de Triana fundò y dotò Catalina Rodriguez, viuda de Andres Duarte.

EN EL PLEITO

CON ANTONIO IVAN, VEZINO DE esta Ciudad, y natural del Reyno de Portugal.



SVPONESE EN EL HECHO, QVE por el año passado de 1649. en 22. de Abril otorgò su testamento Andres Duarte, vezino desta Ciudad, y natural del Reyno de Portugal, y en èl nombró por sus herederos vniuersales a Barbola, de edad de treze años, y a Sebastiana de ocho, sus hijas legitimas, y de Catalina Rodriguez su muger; y que muriò luego debaxo desta disposicion, y passados quinze dias, Barbola sin hazer testamento. Y en primero de Mayo de dicho año, ante Gabriel de Carrança, Escriuano publico desta Ciudad, y Catalina Rodriguez, otorgò su testamento, con que muriô, en el qual puso la clausula de herederos del tenor siguiente.

Y pagado, y cumplido este mi testamento, y las mandas, y clausulas en èl contenidas en el remaniente de todos mis bienes muebles, raizes, y semouientes, deudas, derechos, y acciones, y otras cosas qualesquier que de mi quedaren, y en qualquiera manera me pertenezcan, dexo, y nombro por mi heredera vniuersal en todos ellos a la dicha doña Sebastiana mi hija legitima, y del dicho Andres Duarte mi marido, para que los aya, y herede, como mi vniuersal, y legitima heredera, con la bendicion de Dios, y la mia. Y en caso que la dicha Sebastiana mi hija fallezca antes de auer tomado estado, o tener edad para poder testar en el dicho caso, dexo, y nombro por mi heredera a mi anima, para que de todos los bienes, y hazienda que quedaren, se instituya, y funde, y dote vna perpetua Capellania de Missas rezadas en la Iglesia de señora Sãta Ana de la dicha Triana, que desde luego para quando lo tal suceda, la instituyo, fundo, y doto: y para la dicha institucion, y fundacion doy poder al dicho Licenciado don Iuan de Ouando, como de derecho se requiere, y se nombrar, que yo desde luego lo nombro por Capellan perpetuo de la dicha Capellania, y Patrono della, para que lo sea, durante, y por todos los dias de su vida; y para despues dellos pueda nombrar por Capellanes, y Patronos de la dicha Capellania a quien quisiere, y fuere su voluntad, porque a la suya lo dexo, y remito, y adjudicar que yo desde luego adjudico por bienes, y dote della todos los bienes, y hazienda que por mi fin, y muerte, y de la dicha mi hija quedaren, y de la cantidad de Missas que le pareciere, y señalar la cantidad de limosna que por cada vna Missa le pareciere, durante su vida; y despues del assi mismo la cantidad que quisiere; y en razon dello pueda hazer, y otorgar

otorgar la escritura de fundacion con las clausulas, condiciones, declaraciones, y reseruas que al dicho Licenciado don Iuan de Ouando le pareciere, quisiere, y fuere su voluntad, porque a su voluntad lo dexo, y remito: la qual dicha fundacion haga por mi anima, y del dicho mi marido, y de mis padres, y suyos, parientes, y amigos, y bienhechores, y por las benditas Animas de Purgatorio, que desde luego para quando el susodicho hiziere, y otorgare la dicha fundacion, yo lo aprueuo, y ratifico, y me obligo de la cumplir como en ella se contuuiere; para todo lo qual le otorgo poder cumplido, con libre, y general administracion.

En 21. de Mayo, del año de 49. pareciò don Iuan de Ouãdo ante el Licenciado don Alonso Gonçalez Cardeña, Teniente mayor de Assistente desta Ciudad, y Matheo de Medina Auriolis, Escriuano publico en ella, Depositario, y Familiar del Santo Oficio de la Inquisicion, diziendo, que se le recibiesse informacion ad perpetuam rei memoriam, de que el dicho Andres Duarte era muerto en 23. de Abril, y auia dexado por sus hijas, y herederas, a Barbola de treze años, y a Sebastiana de ocho, y que aquella auia fallecido sin testamento a los ocho dias; y que assi mismo auia muerto Sebastiana, y en el mismo dia Catalina Rodriguez su madre, dos horas despues, poco mas, o menos, con que auia quedado por heredera de ambas sus dos hijas, y tenido efeto su disposicion, y fundacion de la Capellania. Admitiose la informacion, y la diò de cinco testigos, que el primero es *Maria Rodriguez, hermana de la dicha testadora, Domingo Martin, Maria de Bayona su muger, Andres Gonçalez, y Manuel de Sosa.* Y todos concluyeron de vista, y con vista della, e interponiendo su autoridad, mandô que se le diessen los testimonios que pidiesse el dicho don Iuan de Ouando; y assi lo proueyô, y firmô, fol. 3. con 6. siguientes.

Que el señor don Geronimo del Pueyo, y Araciel, del Cõsejo Supremo de Castilla, y Gouernador de la Real Audiencia desta Ciudad, con comission de su Magestad embargô esta hazienda por ab intestado de Catalina Rodriguez Portugues: y auiendose presentado la informacion, y testamentos, se desembargaron, y en el dicho año de 49. que fue el del contagio, se perdieron estos autos.

Que en 13. de Setiembre, don Iuan de Ouando otorgô escri-

escritura de fundacion de la Capellania, fol. 190. Y en 23. de dicho mes, el señor don Fernando de Quesada, Arcediano, y Canonigo en esta Santa Iglesia, estando en Sedevacante, le hizo colacion, e institucion Canonica.

Y en 24. tomò possession quieta, y pacifica en la Iglesia de señora Santa Ana de Triana, todo en el año de 49. segun parece del titulo original que está presentado fol. 12.

Que en 17. de Iulio de 1653. el dicho Antonio Iuan pareciò ante el Alcalde don Iuan Guimez de la Mora, y Diego Aluarez de la Vega, Escriuano de Prouincia, haziendo relacion de que auian muerto Andres Duarte, y su muger, y vltimamente Sebastiana su sobrina, hija de los susodichos, que eran sus primos hermanos, y el pariente mas cercano de Sebastiana, que auia muerto de edad de ocho años, y assi le pertenecia la hazienda, y que se le reciba informacion, y con su vista se le mande dar la possession de todos los bienes, declarandolo en caso necessario por heredero ab intestato de la menor; y dió la informacion con siete testigos, q son *Laura de los Reyes, Maria Vazquez, Domingo Iuan, Manuel de Sosa, Iuan Cayero, Iuan Luis del Castillo, y Alonso Salgado.* Y solo Iuan Cayero depone de vista en quanto a las muertes, y los cinco de oidas; y Manuel de Sosa no dize quien murió primero, ni despues, y que no sabe otra cosa, y todos concluyẽ, que no quedó otro pariente mas cercano que Antonio Iuan, y que assi le pertenece la herencia, y con vista dello declaró el Alcalde por vnico heredero a Antonio Iuan, y le mandò dar la possession de los bienes.

En 23. de Iulio de 53. don Iuan de Ouando intentô el Clericato, y se despacharon letras de inhibicion con censuras contra el Alcalde, y se substanciò con el defensor de la Iusticia Real, y se recibiô a prueua, y auiendo hecho prouanças cada vno de las partes, se declaró tocar este negocio a Tribunal Eclesiastico, y se agrauaron censuras, y dello se lleuò querellado a la Audiencia Real, donde se declarô no hazia fuerça; con que Antonio Iuan pone demanda a la disposiciõ de Catalina Rodriguez, y a don Iuan de Ouãdo su Albacea, y a la Capellania, concluyendo, que se declare por ninguna, y que se le restituyan los bienes.

Lo

Lo qual supuesto, parece que funda Antonio Iuan su intento en los argumentos siguientes.

El primero, aueriguado la quasi possession en que se halla, de ser auido, y reputado por primohermano de los dichos Andres Duarte, y de Catalina Rodriguez, que basta, segun el *text. in l. 14. C. de probat. & ibi Cyn. & in l. non ignorat, C. qui accus. non poss. Bal. in cap. per tuas, de probat.* y pariente mas cercano, sucede a Sebastiana, suponiendo fue la vltima que muriô del contagio, y sin edad de poder testar, *l. 6. tit. 13. part. 6.*

El segundo es, que quando huuiesse muerto Catalina Rodriguez despues de Sebastiana su hija, no hizo testamento, y el que se muestra no está subscripto del Escriuano publico, y assi no merece credito, por faltar la forma que dispone la *ley 3. de Toro, quæ est. l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop.* Y assi sucedió en toda la hazienda como su primohermano.

El tercero, que caso no concedido fuera el testamento legitimo, la substitucion pupilar que en èl hizo a Sebastiana, no puede tener subsistencia, porque la madre no tiene tal facultad, y el Derecho solo la diò a los padres que tienen a los hijos en su potestad, y son menores de catorze años, y en las hijas que no hã cumplido 12. *§ liberis, inst. de pupill. subst. & ibi omnes scribentes.*



El quarto, que quando se considere esta substitucion vulgar en su principio tacita, y que se conuierta en tal, *ad tradita per Ant. Gomez, var. resol. tom. 1. cap. 3. num. 31.* se repele de la legitima, *ex l. quoniam in prioribus, C. de in offic. testam. cum similib.* Y solamente podrà obrar en el quinto de los bienes, o en su remanente, conforme a las disposiciones de nuestra España.

El quinto y vltimo, que es supuesta la Capellania, y el titulo que se presenta della, porque no parecen los autos en virtud de que suena hecha la institucion, y colacion; que no se tomò possession por don Iuan de Ouando; que ni lo referido, ni la informacion que se hizo ad perpetuam rei memoriam ante el Teniente Primero desta Ciudad, y el Escriuano publico, no pueden perjudicar a Antonio Iuan, y que todo es de ningun momẽto, por no auerlo citado, por lo que vulgarmente se trae en su comprobacion, *ex l. nam ita diuus, ff.*

de adoption. l. de vno quoque de re iudic. l. vlt. C. si per vim, vel alio modo cum similibus.

Supradictis non obstantibus asserendum est, Capellaniã optime constitutam, & effectum sortiri ex dispositione Catharinæ Rodriguez, & repellendos, dict. Ioann. Ant. & dict. Mariam Rodriguez ab eorum proposito sequentibus fundamentis, & primo, por la firmeza, y subsistẽcia del testamento otorgado en 1. de Mayo de 49. por Catalina Rodriguez, presentes tres testigos, y el Escriuano publico, solemnidad que dispone la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* ibi: *Si alguno ordenare su testamento, o otra postrimera voluntad con Escriuano publico, deuen ser presentes a lo ver otorgar tres testigos a lo menos, vezinos del lugar donde el testamento se hiziere.* Y asistiò en el presente, como consta de su inspeccion, segun el testimonio de Gabriel Ioseph de Quesada, Escriuano publico, que sucediò en los papeles, y oficio de Gabriel de Carrança, ante quien se otorgó el testamento, y que quando no fuera tan cierta esta asistencia del Escriuano, bastaua para su validaciõ los tres testigos que tienen depuesto se hallaron presentes a su otorgamiento, los dos instrumentales, y el otro que concurriò en aquella ocasion, porque estos testamentos se conseruan tambien sin Escriuano, *ex l.* 102. *tit.* 18. *part.* 3. *dict. l.* 1. *Recopil. gloss. in l. vlt. verbo, ostenditur, C. de fideicomm.* Y aunque el comun sentir de los Doctores destos Reynos, como son *Menchac. lib.* 3. *de success. creat.* §. 21. *num.* 20. *Marc. Solon. Burg. in l.* 3. *Tauri, n.* 826. Y otros que refieren es, que sea suficiente el numero de tres testigos vezinos, en caso de no hallarse Escriuano, ni testigos, con todo *Ant. Gomez, in dict. l.* 3. *num.* 47. *vers. quaro tamen, & Dom. Couar. in cap. cum esses, num.* 2. *vers. admonitus de testam.* afirman, que auiendo en el lugar copia de testigos, y de Escriuanos, serà firme el testamento en presencia de tres testigos vezinos solamente.

Y en el tiempo que sucediò esta disposicion, fue el año de 49. por Mayo, en el rigor del contagio que padeciò esta Ciudad, y con mas violencia Triana: y aunque auia personas, y Escriuanos, eran pocos, y se escusauan de hallarse presentes, por el peligro a que se ponian; y en el derecho tienen igual inteligencia, *no auer gente en vn lugar, o no querer parecer, ni manifestarse,*

festarse, ex l. cum vnus, §. fin. de bon. author. iudic. possid. notat Bal. in l. cum ita, §. species delegat. 2. tradunt. Camil. Gallin. lib. 4. de verb. sign. cap. 13. num. 13. Mangil. de imputat. quæst. 82. num. 8. Y assi se legalizaron, y registraron infinitas disposiciones solo con dos testigos, porque el aumento de testigos consiste en solemnidad, y por euitar las falsedades en suposicion de testamentos: y quando por necessidad no pueden concurrir, se remite, y relaxa esta solemnidad. *Per ea, quæ tradunt Alex. Corn. & Ias. post antiquior. in l. casus, C. de testam. Paul. Paris. cons. 33. lib. 2, num. 28. laté Ripa, in tract. de peste, in priuileg. vltim. volunt. col. 1. & 2. Menchac. dict. lib. 3. de success. creat. §. 24. num. 3.* Y tanto mas, quando el testamento es de padres a hijos, que se remiten muchos requisitos, y se atiende solo a lo natural, si biē en quanto a los testigos, nuestro derecho de España derogó al comun de Romanos, *per l. 2. tit 4. lib 5. Recop. vbi Matienzo, gloss. 1. per totam.* Y quiso que aora fuesse el testamento entre hijos, o entre estraños, se guardasse el numero de testigos de el ordenamiento del señor Rey don Alonso, que es la primera deste titulo; pero no quando ay peste, o contagio, y tan notable como fue el de dicho año de 49. que entonces es suficiente el numero de dos testigos para testamento nuncupatiuo. *Vt componit varias DD. opiniones Ripa, dict. tract. de peste, 2. partic. 2. part. princip. num. 6. & 7. quem laudant Ioann. Cephal. cons. 776. num. 16. lib. 5. alter Ripa, de actis in mortis articulo, cap. 17. num. 24. & seqq. Ioan. dilect. de arte testandi, tit. 2. cautel. 2. num. 2. Ioann. Bapt. Valençuela, cons. 124. num. 17. quia propter imminentiā pestis receditur â dispositione iuris communis, ex l. sciendum 7. ad Trebell. cap. ad supplicationem, cum ibi notatis per gloss. de renunciat. cap. cum dilecti. de dolo, & contum.*

Afiançase este fundamento con el caso presente, que es de obra pia por su segunda instituciō a falta de la primera, que fue en Sebastiana *ad tradita per Iacob. Menoch. lib. 4. præsumpt. 115.* Y segun las disposiciones Canonicas por donde se ha de niuelar, y determinar, es bastante el numero de dos testigos para la validacion del testamento, *cap. relatum, de testam. vbi DD. & in dict. cap. cum esses, eodem, & in l. 1. C. de sacros. Eccles. Guid. Pap. decis. 343. Cyfuentes, in dict. l 3. Tauri, num. 5. Didac. Castell. verbo, la ley, col. 2. Burgos de Paz, part. 1. conclus. 4. n. 760.*

cum

tum seqq. Y esto mismo assentarõ algunos Doctores, que corria por derecho comun de Romanos, *ex l. si pater, §. quadam de fideicomm. libertat. vt videre est apud Guill. Benedict. in cap. Raynutius, verbo testamentum 1. num. 57 de testam.* Y de qualquiera suerte, lo certissimo es, que las vltimas disposiciones ad pias causas se gouiernan por el Derecho Canonico, *cap. Ecclesia Sancta Mariæ, de constit. Bart. in dict. l. 1. col. 14. C. de sacros. Eccles. Bal. in l. consulta diualia in fine, C. de testam. Dec. cons. 504. in casu, col. 1.* aunque se ventilen en Tribunales seglares, *ita Domin. Couar. in dict. cap. relatum. El 1. num. 1. de testam. ex Abbat. & DD. ibi, & ex Bart. Salicet. & Ias. in dict. l. 1. C. de sacros. Eccles. & Fortu. de vltimo fin. illat. 15. col. 7.* Y en este Tribunal no ay razon de dudar, pues la disposicion, y testamento de Catalina Rodriguez està comprouado con tantos testigos, y tan dignos, y de todo credito, como son vn Secretario de la Santa Inquisiciõ, dos Escriuanos desta Ciudad, y Blas Ruiz Aleman, que no padece cosa por donde peligre su disposicion; con que en los terminos que ponen Imola, Angelo, y Hipolit. de que esta integridad se ha de prouar precissamente en los testigos dos de testamento ad pias causas, segun *el señor Couar loco proxime citato, num. 7. prope finem,* se halla justificado en el processo con el abono de los presentados por el Licenciado don Iuan de Ouando por la Capellania, y de verdad en los testamentos ad pias causas se requieren al menos dos testigos, no por solemnidad, sino para su prouança, que es a lo que solamente se deue atender. *Corn. cons. 215. col. 2. lib. 2. & cons. 307. lib 3. col. 3. Tiraq. in tract. de causa pia, priuileg. 2.*

Secundo, en quanto a que este testamento fue, y es valido, y firme, ay cosa juzgada, porque su Magestad auia publicado vando de repressalia en haziendas, y bienes de ab intestatos de Portugueses en estos Reynos de Castilla; y quando muriò Catalina Rodriguez, tenia esta comission el señor dõ Geronimo del Pueyo y Araciel, del Consejo Supremo, y Gouernador en la Real Audiencia desta Ciudad, y hizo embargo en todos los que dexò la susodicha, a cuya defensa saliò don Iuan de Ouando, y con la manifestacion del testamento, e informacion que assi mismo se auia hecho, de como sobreuiuiò Catalina Rodriguez a su hija Sebastiana, se defiriò, y apro-

y aprouò todo ello, y se desembargaron los bienes, a que se siguiô la institucion de la Capellania, y su colacion, y possession, y esto haze cosa juzgada contra Ant Iuan, y cõtra otro qualquiera, porque primo, & principaliter se trató de viribus testamenti, y entre legitimos contraditores, & sic sententia prodest, & nocet omnibus ignorantibus litem, & non citatis, *vt ex Angel. Raphael. Imol. & alijs testatur esse communem opinionem Ripa in l filius fam. 117. §. diui, num. 60. Ferdin. Loaz. n. 125. & seq. de leg. 1. Dom. Cou. pract cap 13 num 6. vers. tertio hoc. Felin. in cap quam vis 25. num. 16. de sent. & re iudic. Tiraq. in tract. res inter alios acta, lim. 1. Peregrin. de fideicomm art 53. num 52. ex l. Papinianus 8. §. vlt. l. si suspecta, de inoffic. testam. l superatus 3. de pignor. & hypothec. l si seruum plurium, §. 1 de leg. 1. l. si patronus 55. §. fin. ad Trebell. Scac. de sent. & re iudic gloss. 14 quaest. 12. n. 77. & 88.*

Y aunque parece que por pretender el mismo derecho de ab intestato, los que se dizen parientes de Catalina Rodriguez, no les auia de perjudicar lo processado con su Magestad, que procuraua el ab intestato, *ex l saepe, de re iudic. l. 1. l. si cum vno, de except. rei iudic. l. 2 C de fide instrum. Salgado, de protect. 4 part. cap. 8 num 23 cum seqq. Gratian. discept. Forẽs. 162 num. 12.* Con todo en el caso presente se ajusta la regla, o bro cardico, *si vinco vincentem te, à fortiore vincam te, ex l. de accessionibus § itemque, ff. de diuers & tempor. praescript. l. aequissimum l 2, §. obijcitur, ff. ad Senatū consult. Tertyll. cū vulgatis. Oldr. cons. 198 num. 6. Dom. Ludou. Molina, de primog. Hispan lib 3. cap. 5 num. 16. & ibi Addent. Mangil. de imputat quaest. 86 num. 13. Domin. Couar. lib 1. var cap. 7. num. 3 vers. item aduersus. Menoch. cons 4. nu. 36. & cons. 126. D. Ioan del Castillo, lib. 3 quotidian. cap. 30. per totum Mantica, lib. 10. de coniect. tit. 7. num. 6 Dom. Valençuel. cons. 113. num 38.* Y no recibe duda este vencimiento, aora se considere el vãcio absoluto de todos los ab intestatos de Portugueses, aora limitado en aquellos que los que auian de suceder, como mas cercanos, y se hallauan en el Reyno de Portugal, y rebeldes a la Corona de Castilla, porque Antonio Iuan no ha aueriguado concluyente el parentesco, como se dirá con mas indiuiduidad en la respuesta al argumẽto primero que deuió articular, que era el pariente mas cercano de Catalina

Rodriguez de todos los que auia en esta Ciudad, y en el Reyno de Portugal, donde son naturales, y no basta dezirse que no se conoce otro mas pariente en esta Ciudad, por la regla *del text. in l. neque natales, C. de probat. non probat hoc esse, quod ad hoc contingit ab esse, l. non hoc, C. vnde legitimi, cap. in præsentia, de probat. Tusch. tom. 6. lit. P. conclus. 765. Ces. de Argel. de contradict. legitimo, quæst. 15. num. 107. Mari. Anton. var. lib. 1. resolu. 46 Sebast. de Medicis, reg. 4. num. 10. Gratian. discept. Forens. 985. num. 25 tom. 5.*

Y auiendose hallado presente en esta Ciudad, sabido, y entendido Antonio Iuan todo lo referido, y callado cerca de quatro años, le ha de perjudicar, y dañar lo processado, y el vencimiento contra el ab intestato *ad tradita per Alex. in dict. l. sæpe, num. 20. de re iudic. Dom. Cauar. pract. dict. cap. 13. n. 7. vers. his igitur in fin. & expresse habetur in dict. l. sæpe, & in dict. cap. quamvis, de sent. & re iudic. Tiraq. in dict. tract. res inter alios, limit. 20. Scac supra dict. gloss. 14. dict. quæst. 12 nu. 17. & 18.* Y por auer sido tan publico, y notorio el embargo, y desembargo de los bienes que quedaron de Catalina Rodriguez, era suficiente presuncion de que no lo ignorô Antonio Iuan, que estaua en Triana en aquella ocasion, y para perjudicarle: *Ad dicta per Tiraq. de retract. linagier. §. 35 gloss. 4. num. 33 Menoch. lib. 6. præsumpt. 23. num. 68. cum 2 seqq. & de recup poss. rem. 16. num. 34. Ioann. Garcia de Nobilit. gloss. 4. num. 27. quia vox, & fama publica inducunt scientiam Ioseph. Ludou. decis. Perus. 103. num. 12. Mascar. de prob. conclus. 1100. num. 2. quos, & alios laudat Ioann. Petr. Monet. in tract. de opt. cap. 6. quæst. 4. num. 29.*

Y le daña, y obsta tambien la informacion que se hizo ad perpetuam rei memoriam, en quanto a la validacion del testamento, y auer muerto primero Sebastiana, y despues su madre Catalina Rodriguez, por dos razones. La primera, porque se deduxo ante el señor don Geronimo del Pueyo, y todo lo que alli se processô tiene fuerça de cosa juzgada, *ad late tradita per Abb. in dict. cap. quamvis, num 4. quæst. 4. quẽ ibi sequitur Felin. num. 1. Surd. decis. 256. num. 4. & 5. vbi latissime addit. Hodierna. Peregr. dict art. 53. num 31. Domin. Ludouic. Molin. de primog. lib. 4. cap. 8. num 4. & eius Addit. num. 3. & 4.* La otra, por la misma informacion que no se necessitò para

ella

ella de citacion particular: *vt optimè asserit Camill. Borrell. in summ. decis. tom. 1. tit. de citat. 44. num. 352. in illis enim casibus, in quibus nulla requiritur causæ cognitio, in eis nulla citatio est necessaria, ex l. 3. §. si causa cognita de bonor. poss. Gama, decis. 60. num. 2.* Y porque en semejantes informaciones interponen los Iuezes su autoridad como lo hizo en la de que se trata *gloss in l. recusare, verbo, postulant. ff. ad Trebell. Bal. & Ias. in l. nequicquam. §. vbi decretum de offic. Proconsul.* Y mas no conociendose parte alguna, ni principal, ni secondaria, y Maria Rodriguez, que se nombraua hermana media de Catalina, aprouò la disposicion, y jurô por testigo en la informacion, con que caso negado tuuiesse algun derecho, lo remitiò, *ex l. quæritur, §. si venditov, de ædil. edict. l. fin. de remis pignor. cap. ex transmissa, de renunc. cap. ex ore, de priuileg. cap. quam periculosum. 6. quæst. 1. cum traditis per Dom. Conar. lib. 2. var. cap. 4. num. 1.*

Aunque no se ha podido hallar el processo, y lo q̃ se actuô ante el señor don Geronimo del Pueyo, por ser en el tiempo del contagio, en el qual se perdieron, y quemaron muchos papeles, están bastantemente aueriguados los autos, y mandamientos que huuo de embargos, y desembargos en esta hazienda, y las defensas que aplicò en ello por la Capellania y obra pia don Iuan de Ouando, de que deponen los testigos con especialidad; y quando lo que se escriuiô, y processô no parece, ni puede ser auido, se prueua por testigos. *Tradit Oldrad. cons. 254. num. 24. Innocent. Hostiens. Ant. de Butr. & Abb. in cap. quoniam contra. de probat. Bellamera, decis. 67. de verb. sig. Anchar. cons. 226. num. 3. dum tamen deponant speciatim sic fuisse actum, & sic fuisse scriptum, iuxta Bart. in l. ne in arbitris, opposit. vlt. C. de recept. arbit. cum alijs per Mascardum de probat. tom. 1. conclus. 32. per totam, cap. Albericus de testibus.* Y la deposicion de Fernando de Silua es soficiente prouança, en quanto dize, que siendo Notario mayor en estos Tribunales el año de 49. presentò don Iuan de Ouando papeles, y recados para que se le hiziesse colacion desta Capellania, y que ganô letras primeras y segundas, para que el señor don Geronimo del Pueyo se inhibiesse del conocimiento deste negocio, y afirma, que con efetò se despacharon, en lo qual merece todo credito, *iuxta dicta per Riminal. cons. 260. num. 12. vol. 2. Bart. in l. chirographus,*

phus, ff. de administr. tutor.

Tertio, se sigue, que la substitucion contenida en la clausula del testamento de Catalina Rodriguez, tuuo subsistencia, y obrô quanto pudo; y para la claridad deste fundamento, en èl solo se tratarà de la substitucion vulgar tacita, que està embeuida en la expressa pupilar, que fue inutil por falta de facultad en la madre, y considerado (como se dirà en la fuerça de las prouanças de don Iuan de Ouando, que murió Sebastiana primero que su madre Catalina Rodriguez) no es dudable que està comprehendido el caso de la impotencia, y que por voluntad expressa de la testadora sucedió en toda esta hazienda la Capellania, no solo en las tres porciones que pertenecian a Catalina Rodriguez, por mitad de multiplicados, y por la primera hija a quien heredò, sino en la porcion quarta, por auer sobreuiuido a la segunda hija Sebastiana; que la pupilar expressa contenga la tacita vulgar, es muy recebido, *l. 2. tit. 5 part. 6 Bart. in l. 2. num. 29. de vulgar, & pupill. subst. Ripa, num 41. Iason in l. iam hoc iure, col. 3. eodem. Ias. de subst. pupill. num. 18. Paul. Leoni, num. 99. Vazq de success. progr lib. 2. §. 15. num. 6. vbi dicit impium esse recedere ab hac opinione. Odd. Fort. in prælud. compend. part. 3. quæst. 7. Mantica, de coniect. vlt. volunt. lib. 5. tit. 3 Prat. de interpret. vltim vol. num. 15. Menoch. lib. 4. præsumpt. 43. Trentacinq. de substit. part. 1. cap. 1. num. 9 & seqq. Intrigliol. qui plures alios congerit, & sequitur, eodem tit. cent. 1. quæst. 16. & quæst. 88.*

Indiuidualmente, la pupilar inutil que haze la madre, o el padre en el hijo que no tiene en su poderio, trae tambien consigo la tacita vulgar: *Idem Bart. in dict. l. 2. de vulg. num. 8. Alex. num. 10. Ias. num. 15. & 17. & in l. 1. num. 57. Socyn. Sen. n 61 Ripa, in vltima quæst. testatur esse communem opinionem. Socyn. Iun. num. 44. & 61. Bal. in l. fin. num. 8. C, de instit. & substit. vbi Ias. n. 8, DD, in l. fin. C, de hered. instit. Corn. in l. post aditam, num. 28, C, de impuber. & aliis substit. Guill. Bened. in cap. Raynutius, verbo, si absq; liberis 2. de vulg. substit. num. 139, de testam. & ibi Dom. Couar. §. 5, num. 5, ver. ex quibus infero. Cras. §, substitutio, quæst. 10, num. 2 & quæst. 21. in fine. Suarez, in addit. ad Ant. Gom. tom. 1, variar. c. 4, num. 22. Vazquez, de success. progress. dict. lib. 2, §, 14, num 60. Mantica dict. lib. 5, dict. tit. 3, num. 22. Menoch. dict. præsupt. 43, num. 6.*

Odd.

Odd.in prælud. compen. 2, part. quæst. 6, & hanc asserit esse magis cõmunem Intrigliol. dict. quæst. 16. num. 20. quæst. 54 quæst. 63. nu. 2. & dict. quæst. 88 num. 10. Y la razon es, porque aora la substitucion pupilar que haze la madre en su hijo menor de catorze años, o hija menor de doze, lleue embebida la vulgar, aora se conuierta, por ser aquella inutil: *iuxta tradita per Ant. Gomez, dict. tom. 1, cap. 3, de substit. vulg. num 13.* Esta tacita vulgar tiene los mismos efectos que si fuera expressa, y en ella se ajusta la regla. *Taciti, & expressi idem est iudicium, l. cum quid, si cert. pet. & ibi DD, l. si filius fam eodem tit.* Y en vltimas voluntades corre mas segura, *ex l. inter vestem de auro, & arg. leg. l. in conditionib. primum locum de condit. & demonstr. Bart. in dict. l. cũ quid, num. 9, vers. & pro huius solut. & ante Cyn col. 2, num 4. vers. nos ergo. Menchac. controuers. illustr. cap. 33, num. 23. Ioan. Maria, Nouar. quæst. 95. lib. 1. nu 9, & quæst. 152. num. 9.* Y aunque cesse o se extinga la popilar, no teniendose la tacita vulgar, como no se deue tener por accessoria, obra por si desde su principio, segun lo enseña el señor *Couar. in dict. cap. Raynutius, dict. §, 5, dict. num. 5, vers. imo, & hæc vltima opinio, ibi, & præterea, quia ab initio, hæc vulgaris per se subsistit, ac valida est, pupillari exclusa, cui nusquam fuit accessoria, ex Pet. Ripa, inter cons. Bal. 156. lib. 4. & Ripa, in dict l. 1, de vulg. num. 167. & Alciat. num. 74.*

De aqui pues se manifiesta, que aũque sea tenida la substitucion vulgar tacita por accessoria de la pupilar, que en si es inutil, como en el caso presente, no por esso pierde su fuerça aquella, ni descaece, porque se gonierna por diferentes razones cada vna. *Laté Decian. cons. 31, num. 171, lib. 1. Cardin. Tusch. lit. A, conclus. 75. ex l. & fin. 9, C. de præd. minor. cum adductis per Brunor. â sole, in locis commun. verbo accessorium. Franc. Molin. de ritu nupt. lib. 1, compar. 12, num. 22. Cassan. cons. 66, num. 43. Mier. de maior. part. 1, quæst. 10, num 55. Fachin. controu. 13. n. 23 lib. 1. Mascar. de probat. conclus. 14, num 19, & 20. D. Ioann. del Castillo, controuers. cap 168. num. 26, & 27. Patian. de probat. lib. 2, cap. 16, num. 69.* Y conserua las condiciones, y calidades, como si fuera vulgar expressa sin dependencia de la pupilar. *Ita Paul. Paris. cons. 72, num. 54 & seqq. vol 3, quem sequitur Frãc. Mantica, de coniect. vltim. volunt. lib. 5, cap. 5, num. 2.* Y mas que se considera expressa por la generalidad de palabras, ibi:

D Dexo,

Dexo, y nombro por mi heredera vniuersal en todos ellos a la dicha doña Sebastiana mi hija legitima, y del dicho Andres Duarte mi marido, para que los aya, y herede, como vniuersal, y legitima heredera, con la bendicion de Dios, y la mia: y en caso que la dicha Sebastiana mi hija fallezca antes de auer tomado estado, o tener edad para poder testar en el dicho caso, dexo, y nombro por mi heredera a mi anima, &c. Independiente de la pupilar, como aduirtió *Paul. Castrens. lib. 1. cons. 13, num. 5*, auiendo puesto esta forma, ibi: *Sed vulgaris non expirauit, quia illa est expressa, & non dependet ex pupillari, nec ex interpretatione; sed stat per se aeque principaliter, & colligitur tam ex verbis, quam mente, & ideò locum habet, quia expressa vulgaris locum sibi vindicat mortuo instituto in vita testatoris vt est casus in l. Thais. §, splendophorus de fideicom liber. l. 1, §, pro secundo, C. de caduc. toll. & notat Bart. in l. 1, ff. de vulg.* Y deste sentir fue el mismo *Bart. cons. 37 in 2, dub. cons. 38, in fin. & cons 48 per totum, lib. 1. Bal. cons. 122, num. 2, vers. demum quarit, lib. 1, & in l. cum proponas, in verbo vltimo scias circa vlt. col. C, de heredeb. instit. Alex. cons. 188, num. 6, lib. 2, ibi, vndecumque procedat impotentia, siue ex defectu personæ instituti, siue quia viuo testatore decesserit institutus, vel quia primus gradus institutionis non tenuit, vel quouis modo, l. 2, §, fin. & ibi Bart. & DD, de liber. & posth. l. 2, & 3, de hered. instit. l. vnic. §, pro secundo, C, de caduc. tollend. &c. quos sequitur Tusch. pract. lit. S, conclus. 801, num. 17, & 18.*

Y quando fuera esta substitucion vulgar absolutamente tacita, viciada la expressa pupilar, todavia queda aquella firme, porque es igualmente principal *ad laté dicta per Mantic. dict. lib. 5, tit. 6, num. 19, & seqq. ex l. si fideiussor. in prin. & ibi DD, ff. de legat. 1.* Y desta doctrina se origina la determinacion de aquella controuersia, si el testamento puede començar de la substitucion vulgar, en que huuo tres opiniones, negatiua, afirmatiua, y otra que distinguia: y la segunda, *ex l. lex Cornelia, verbo, non existimo de vulgari, &c.* es la mejor, y mas recebida, *iuxta Rip ibi, num. 167. Alciat. num. 74. Dom. Couar. in dict. cap. Rainutius, dict. §, 5, cum alijs infinitis per Michael. Graff. lib. 1, sent. §, substitutio, quaest. 10, num. 4, & per Vincent. Fucar de substit. vulg. quaest. 23, num. 4, qui in fine sequitur Zeuall. comm. quaest. 106, dicentem ita obtinuisse, & Ferdinan. Vazq. de success. progress. lib. 2, §, 11, num. 38, asserentem procedere maxime quando esset substituta*

pia

pia causa. Alex.cons.1,num.8,lib.1,vbi dic it non esse nouum à tacita vulgari testamentum sumere vires. Nat.cons.247,num.3.Ioann dilect. de arte test.cautel.3,num.2. Paul.Castrẽs.cons.307,col.fin.lib.1. Y la razon puso *Grass.vbi proxime,* ibi: *Ratio, quia eiusdem naturæ est tacita vulgaris, cuius expressa, & per se subsistit etiam extincta pupilari expressa.* Y estas substituciones vulgares son fauorables *ad tradita per Bal. in cap. fin. num. 2, de sent. & re iudic. & cons.423.vers.ad idem,lib.1.Honded.cons.49,num.52, lib 1. Mantic.de coniect.lib.5,tit.1,num.4. Menoch.lib.4.præsumpt.66, n. 3. Mascar.de probat.conclus.1346.* Y se introduxeron para que las haziendas, y bienes de los testadores passen donde fuesse su voluntad. *Sfort.Odd.in prælud. compend.part.1,quæst.4.* Y para que los testamentos no se caducassen, *l. vnic. & ibi gloss. in prin. C, de caduc.toll.verbo,sed & ipsis. Intrigliol. de substit. cent.1, quæst.5.*

Y por esta substitucion tacita vulgar sucediò la Capellania en todos los bienes de Catalina Rodriguez, y a la susodicha: que este es vno de los efectos que obra, a diferencia de la pupilar, que por ella sucede el substituto a la persona substituida. *Ita Bart.in dict.l 1, num.38. de vulg. Aretin. col. 17. Alex.num.37.Ias.num.62 Socyn.sen num. 38, & Ripa, num. 173. Anchar.cons.440,col.2.Sfort.Odd.cons.68,num.4,& cons 29, nu. 17. Bal.in tract.de vulgar,num.18.Zas.num 27.Grass.in dict.§.substitutio,quæst 12,num.1. Alex. Trentacinq. part. 1,cap.13. Intrig. dict.cent.1,quæst.23.Spino de testam.tit.de vulg. num.28.* Y tambien en los aduenticios de Sebastiana su hija, por auer esta premuerto, y deferidose su herencia a su madre. *Ex Auth. defuncto, C, ad Tertyll.* De manera, que la Capellania, y obra pia por la substitucion tacita vulgar entra en la hazienda de Catalina Rodriguez, y por competerla el beneficio, y remedio de la restitucion in integrum ex capite ignorantiæ de que goza *ad tradita per Sfort.in tract. de in integr.restitu.part 1,quæst. 50,articul.7,& 8* Por cabeça de Catalina Rodriguez entra la Capellania en los bienes de Sebastiana, y esto aun en caso q̃ huuiera duda en qual de las dos muriò primero. *Ita refert, & sequitur Emman. Costa,in cap.si pater, verbo testatore mortuo, de testam lib.6, num 5,* ibi: *Verum enim verò pauperes ad ire deberent patris hereditatem ex vulgari, quàm compendiosa substitutio exprimebat,*

bat, mox ex persona eiusdem patris beneficium restitutionis in integrũ implorare deberent ad consequenda bona impuberum, quæ morienti patri fuerunt per præsumptionem delata, nec ab eo moriente potuerunt adiri, nec dubium est quin hoc beneficium essent impetraturi ex Iacob. de Aren. Bart. & omnium sententia in dict. l. qui duos, ff. de reb. dub. argum. etiam text. in l Panthonius de acquir. hered. & text. omnium in hanc sententiam optimi in l. cum pubere, & quod ibi Bart. ff. de reb. dub. Y si esto se asienta por presuncion, de que muriendo a vn tiempo padre, y hijos menores de catorze años, se entienda auer premuerto estos, y heredado aquel, y surtido efeto la substitucion de la obra pia, con mas fuerça en el caso presente, donde está aueriguado con tanto numero de testigos, como se dirà, que Catalina Rodriguez sobreuiuiò tres horas despues de la muerte de su hija Sebastiana.

Y demas de competer esta restitucion a Catalina Rodriguez en la herencia de su hija (en caso de entenderse que no supo su muerte, por estar tan cercana a la suya) y que la comprehende la equidad del text. *in dict. l. Panthonius de acquir. hered.* por ser impedimento tan apressurado, que la estoruô el conocimiento de que su hija auia muerto, y sucedido en su hazienda. *Iuxta communem DD. resolutionem. Bar. in dict. l. qui duos de reb. dub. Corn. in l. 1, col. 5, C, de instit. & subst. Socyn. sen. in l. 1, num. 16, de vulg. Aretin. consi. 160, num. 3, in fine. Capra, cons. 6, num. 13, & cons. 88, num. 12. Ant. Gom. var. tom. 1, cap. 9, in fin. vbi Suarez, dicit communem. Vazquez de success. progress. lib. 1, cap. 8, num. 15. Sapia in l. cum antiquioribus, num. 7, C. de iure de liber. quos, & alios laudat Sfort. Odd. in tract. de restit. in integr. part. 1, quæst. 50, dict. art. 7, num.* 69. Y consiguientemente a la Capellania, que recibiô lesion, no por si misma, sino por la persona que la instituyò por heredera en segundo lugar; y assi *Sfort. loco proxime citato, num.* 84, dize, que esta restitucion se intenta, *causatiuè ex persona defuncti, quia fuit ipse causa, quod heres eius non possit consequi illam hereditatem, & formaliter ex persona heredis, qui perfectè læsus est, ex Bal. in l. 1, C. de restit. milit.* Y que procede de equidad en el heredero estraño, pero *de rigore iuris*, en la herencia de los descendientes a los ascendientes, *ex Auth. vt cum de appell. cogn. §. hæc autem omnia.* Y por esta cabeça cõpetiô tambien restitucion a Catalina Rodriguez, *quæ datur*

matri

matri in hereditate filij, ex l. si mater, & ibi gloss. de except. rei iudic. verbo, sed ex causa, & Bart. in prima solut. quod ideò datur ibi restitutio illa matris, quia mater est.

Quarto, & vltimo, que quando huuiera alguna probabilidad, que no la ay, de que Sebastiana sobreuiuiesse a su madre, y que no huuiesse tenido cauimiento el caso de la impotencia en la substitucion vulgar tacita, que si tuuo, tambien ha sucedido la Capellania por la voluntad, por no auer conocido, ni sabido Sebastiana la muerte, ni herencia de su madre, para cuya inteligencia se aduierte, que ay dos transmissiones, vna del derecho *deliberandi ex l. cum antiquioribus, C. de iure deliberandi;* y la otra es, de herencia no acetada, *ex l. ventre de acquir. heredit.* Y aunque en ambas transfiere el heredero aquel poder, y facultad que èl tiene de acetar la herencia, q̃ no lo està; *l. si quis filium, ff. eodem tit.* en el modo de transferir, ò transmitir està la diferencia; porque en los casos donde se permite transmission de herẽcias, se obra de tal suerte, que no es necessaria ciencia, ni sabiduria, de que tales herencias se las ayan dexado, *argum. l. vnic. C. de his qui ante apert. tabul.* Pero quando se trata de transferir facultad de acetar herencias precissamente, ha de saber que es heredero, y que se le ha dexado aquella herencia, *iuxta tradita per Paul. Castrens. in dict. l. cum antiquioribus, col. 2, sequitur Hippol. Riminal. in l. qui se patris, num. 379, C. vnde liberi. Ant. Gom. tom. 1, c. 9, num. 51, vers. secundo intellige.* La razon es, porque lo que transmite es vna deliberacion de voluntad, y meditacion que consiste en su animo; y esto no cabe en el que ignora. *Argum. l. fin. C. de condit. indeb. l. manifestissime, §. fin. C. de furt. Bal. Salicet. & Paul. Castr. in dict. l. cum antiquiorib.*

De manera, que la transmission de herencia, en que no es necessaria sabiduria, o procede ex potentia suitatis, aut ex potentia sanguinis, y ambas no son deste caso; porque ni huuo patria potestad, que no la tiene la madre en sus hijos. *Et qui sunt in potestate statim heredes fiunt seu ab intestato seu ex testamento, §. sui, inst. de hered. qualit. & differ. & §. sui, inst. de heredit. qua ab int. defer.* Y en ellos se continua el dominio, *ex l. in suis, de suis, & legit. heredib. ibi, in suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes fiunt, l. cum ratio. in prin. de bon. damnat.*

cum

cum alijs per Ant. Gom. dict. cap. 9, num. 7. Ni tuuo descendientes Sebastiana, pues murió de edad de siete años, con que no se ajusta a la determinacion, *dict. l. vnica, C, de his qui ante apert. tabul cum traditis per Greg. Lopez. in l. 2, gloss* 8, *tit.* 6, *part.* 6. Es fuerça que se acomode esta transmission en el derecho deliberatino, que se assienta *in dict. l. cum antiquioribus, C, de iure deliberandi, & in dict. l. 2, tit. 6, part. 6, de quo latè per Ant. Gom. dict. cap 9, num. 51, tom. 1. Ant. Fab. lib. 14, coniectur. cap. 1, in prin.* Para transmitir este, se necessita, que el heredero ex testamento, o ab intestato, sepa que se le ha dexado la herencia, y que muera dentro del año legal que tiene para acetarla, y assi solo transfiere el tiempo que falta a complimiento del año: de suerte, que si ha passado el año quando muere, no ay transmission; y si el que le pretende suceder, no deliberó dentro del resto del año, quedò totalmente excluido, *dict. l cum antiquioribus, ibi, sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tēpus pro ad eunda hereditate, suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat quo completo, nec heredibus eius alius regressus in hereditatē habendam seruabitur.* Sebastiana muriô en 8 de Mayo de 49. y pretende Antonio Iuan la herencia de Catalina Rodriguez en el año de 53. despues de quatro años.

Otra decissiō es mas absoluta para este caso de auer muerto en la edad infantil Sebastiana, y que excluye la transmission, y la pone el Emperador Theodos. *in l. si infanti, C. de iure de liber.* Y aūque se transuntô en la *ley* 13. *tit.* 6, *part.* 6 se omitió el vers. *sin vero,* que determina, que teniendo el infante tutor, o no teniendolo quando muere, todas las herencias que se le huuiessen deferido, y no las acetô, ni otro por èl, se juzguen como si no las huuieran conocido, y passen a la persona que está llamado para el caso en que no pudo, o no quiso suceder, que son los que se verifican en este negocio, y adaptadamente, aunque se considere herencia de madre a hijo, porque en todas habla, y poniendo *Accurs.* la dificultad la resuelue a fauor del substituto, *verbo, hereditates,* ibi, *vel dic, quod hic de omni hereditate dicit etiam paterna, & sequuntur DD. praecipue Raphael. y otros. Y en la glossa, verbo, ad illas personas,* dize que se imputen los herederos del pupilo, y culpen a si, pues no hizieron las diligencias necessarias en tiempo; con que quā-

do

do Antonio Iuan fuera, que no es, heredero, quedaua desvanecida su pretension, las palabras del texto son, ibi: *Si vero vel non sit tutor, vel cum sit ea facere neglexerit; tunc eodem infante in ea ætate defuncto omnes hereditates ad eum deuolutas, & non agnitas ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatæ: & eo modó ad eas personas perueniant, quæ vocabantur, si minimé hereditas infanti fuisset delata.*

A las dos conclusiones referidas podrà dezir Ant. Iuan, q̃ Sebastiana era menor, de que no se duda, y tiene el beneficio de la restitucion en no auer acetado la herencia de su madre, y que este se le transfiriò, o sucediò en èl: *ad latê dicta per Ant. Gomez, dict. tom. 1, dict. cap. 9. num. vlt. ex l. quod si nolit. 25 vers. Scæuola ff. de minorib.* Pero la respuesta, y limitacion puso el mismo Consulto, ibi: *Si verô iam distracta hereditate, & negocijs finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendum, multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituẽdum esse.* Luego segun lo assentado en el fundamento segũdo, de que la obra pia substituida libertò esta hazienda de la confiscacion que se procuró en ella por su Magestad, y sus ministros por ab intestato de Portugueses, y esto a la vista de Antonio Iuan, y de los demas que quieren suceder a la menor, justissimamente no viene en consideracion la lesion; y no merece restitucion el menor, y tanto menos su pretenso heredero; porque considerando el tiempo quando murieron Sebastiana, y Catalina Rodriguez su madre, la herencia no era lucrosa, sino dañosa con los embargos de su Magestad, y cessando la causa, cessò la restitucion, *ex l. adigere, § quamvis, de iure patr. cum similib.* Y assi, quien a esta hazienda la redimiò, fue la Capellania independiente de la menor, y de sus herederos ab intestato: con que su pretension no tiene cauimiento. *Ita gloss. vltim. solut. in dict. §. Scæuola sequuntur Fulgos. & cœteri DD. ibi Ias. in l. fin. in fin. C, de repudia. hæred. Angel. in l. si quis suus, ff. de iure deliber. Domin. Couar. var. resol. lib. 1, cap 5, num. 2, quos, & alios laudat Odd. de in integr. restit part. 2, quæst. 63, art. 2, num. 18* Y en el numero 22. pone la duda si el menor, o su heredero seràn oidos quando se allanan a resarcir los gastos, y expensas en rescatar la herencia, y distingue afirmando quã do tan solamente consistió el trabajo de el substituto en la

administracion de la herencia, negando en caso de que huuiesse puesto diligencia solemne, e industria singular, y que solo el substituto la podia desembargar, cuyas palabras explican mejor el intento, ibi: *Sed hic minor propter labores substituti non auditur, ergo refundendo audiri debet. pro solut. Gul. dicit quod si iste labor consistit tantum in administratione hereditatis, minor audiatur, si vero mixta quoque fuit diligentia solemnis, & industria singularis, & tantum sciuit facere substitutus extricando hereditatem, quod de illa bonam pecuniæ summam capere, & separare nouit, & tunc secus. Idque ipsum vult text. in dict. §, Scæuola, ibi, ad paratã pecuniam laboribus substituti, &c. & pro hoc facit, l. 3, ad leg. Falc. & l. venditor ex hereditate, de hered. vel act. vend. & hoc verum puto ex his, quæ dixi in secunda solutione, ex quibus constat, quod in hoc casu restitutio dari non potest, quia veniret danda contra regulas ipsius met restitutiones in integrum.* Y no se puede dudar de las diligẽcias tan apretadas, y costosas que hizo don Iuan de Ouando en el dicho pleito de los embargos, de que los testigos deponẽ suficientemente. Y si por qualquiera camino tuuiera entrada la demanda de Antonio Iuan en qualquiera porcion destas herencias, el vando de su Magestad se executarà luego en ella, porque habla propriamente en estos ab intestatos.

No obsta pues el primero argumento, para cuya satisfacion se pondera lo que consta del processo, que la fabrica de esta demanda durò quatro años, que corrieron desde el dia en que murieron Sebastiana, y su madre, hasta el en que se presentò el pedimiento ante la justicia Real, y que en este tiempo se maquinaron los parentescos, y las demas cosas de que se vale Antonio Iuan, como se irà considerando en su lugar, y en lo que mira a este: *El text. in dict. l. Non nudis* 14, *C, de probat.* No le aprouecha, porque en materia de filiacion dizẽ los Emperadores, que no se auerigua con palabras enunciatiuas, llamandose vnos a otros parientes, aunque consientã en ello, sino con matrimonios, y actos solemnes, que assi lo dispongan, y determinen, ibi: *Non nudis asseuerationibus, nec ementita professione (licet vtriq; consentiant) sed matrimonio legitimo cõcepti, vel adoptione solemni filij ciuili iure patri constituuntur, &c.* Y en las prouanças que pretendiò hazer, no concluye certeza en el parentesco con Andres Duarte, ni con Catalina Rodriguez;

drigue;porque lo mas que se despechan sus testigos,es,que se tratauan como primos, llamandose vnos a otros, sin que especifiquen que en estas conuersaciones se ventilaua la materia del parentesco,que es de lo que se necessita para constituir vna quasi possession dello. *Iuxta gloss. vlt. in dict. l. 14. ex l. anteced. 13. & ibi Salicet. Bart. in l. 1. §. idem per contrarium, ff. de alend. lib.* Y aun a esta la faltan las calidades que se requieren por grados distintos, *iuxta cap. licet ex quadam de testib. cum simil.* No mencionan los padres de los tres hermanos, que suponen fueron *Iuan Iorge, Andres Duarte Canario, y Iuan Duarte Niño*, ni las mugeres destos, ni los matrimonios, si los huuo, de donde procedieron los primoshermanos, ni las demas hasta doze. *Quarum vna adempta nihil probant. ita Farin. de opposit. contra person. test. quaest. 69. cap. 2. per tot. DD. in dict. cap. licet ex quadam. Berthazol. cons. 154. num. 3. lib. 1. Mascar. conclus. 410. num. 8. Gabr. de testib. conclus. 3. per tot.* Y assi no se ajustan las prouanças con solo dezir, que se tenian por primos. *Ita DD. in l. solam. ff. de testib. Dec. cons. 13. col. fin. Grat. cons. 62. n. 5. vol. 2. Tiraq. de retract. linagier. gloss. 16. per tot. Paul. Castr. in dict. l. non Epistolis, num. 4. Pacian. de probat. lib. 2. cap. 12. per totũ.* Y quando estuuiera aueriguada, que no lo està, la quasi possession del parentesco, por la nominaciõ, y trato entre si, no es suficiente para intentar demanda, pudiera seruirle para defenderse Antonio Iuã, si retuuiera como tal pariente alguna cosa. *Tradunt Ias. cons. 102. col. 2. vol. 4. Hostiens. Felin. & alij per Grat. dict. cons. 62. num. 9. vol. 2. Mascar. de probat. cõclus. 790. num. 23.*

Està defectuosa la prouança, porque se hizo en esta Ciudad de lo que precissamente se auia de hazer en el Reyno de Portugal, y en las Feligresias, donde se dizen son naturales Antonio Iuan, Andres Duarte, y Catalina Rodriguez: y es fuera de camino el que en este particular se dè credito a testigos, que se requiere que sean vezinos de los mismos lugares, y que sean assi mismo parientes, y no lo son sino es Maria Rodriguez, que se nombra prima, pues por razon de sus deposiciones ordinariamente deuen poner los testigos que lo saben, por ser vezinos, o parientes de los litigantes que los presentan. *Ex l. octaua, ff. vnde cognati, l. tutela, C. de in integ. resti.*

 l. si

l. si ita in fine de fund. instruct. cap. quosdam de præsump. Bart. in l. si certe pet. quem ibi sequuntur omnes DD. Imol. in cap. literis de præsumpt. ubi Abb. Bertach. in repert. verbo, testis impugnatio, num. 75. vers. item prævalent alijs. Monticel. in repert. testium, rubr. vicinus non vicino. Felin. Corn. Afflict. & alios laudat Farin. de oppos. contradict. testium, quæst. 70. cap. 4. num. 164. cum seqq. Y es de ponderar, que vn testigo que se dize pariete, primahermana de Antonio Iuã, que es Maria Rodriguez, y que era medio hermana de Catalina Rodriguez, en su deposicion, que està folio 12. afirma, que son hijas de vna mesma madre, que se llamò Maria Rodriguez. Y en la escritura que otorga a fauor de Antonio Iuan, que està folio 146. dize, que son hijas de vn padre, y que Antonio Iuan es su primohermano: y esto es, porque siendo hijas de vna madre, no admitia el que fuessen primoshermanos, mayormente no constando que el padre de Maria Rodriguez fuesse hermano de la madre de Antonio Iuan. Y si esta testigo que se nombra tan cercano pariente, està tan contrario en sus relaciones del parentesco, y que por ello, y otras cosas no merece credito, *cap. pura. 3. quæst. 9. Bal. in l. ex falsis, in fine, C. de transact. laté Mascar. de prob. concl. 1168. num. 121. tom. 3. Rota, per Farin. decis. 535. num. 4. part. 2.* tanto menos se les ha de dar a los que no son de la nazon, y a los que son, y de edad de treinta años, y que deponen de asistencia de veinte en esta Ciudad.

Y quando estuuiera el parentesco que se supone por Antonio Iuan aueriguado, que no lo està, no le puede ayudar, porque los testigos de que se vale, tan solamente deponen, que los parientes mas cercanos que Catalina Rodriguez tenia en esta Ciudad, son Antonio Iuan, y Maria Rodriguez, y esto fue en las segundas informaciones, que en las primeras afirmaron todos, que el mas pariente era Antonio Iuan, y vnico heredero de Catalina Rodriguez, y de su hija, y esto no concluye, porque puede ser que en el Reyno de Portugal tengan otros parientes mas cercanos, o otros muchos en igual grado, y para destruir su prouança se escriuiò *el text. in l. non hoc, C. vnde legit. l. neque natales, C. de probat. cap. in presentia, eodem cap. recepimus, de priuileg.* Y el axioma: *Non probat hoc esse quod ab hoc contingit ab esse, exornant Aldout, cons. 44. num. 6.*

Surd.

Surd.consf.5.num.46. Mascar.conclus.671. Tusch.lit.P. coclus.765 Morla,in empor.part.1.tit.11.in praelud.num.53. Trentacinq.lib.1. var.tit. de seruit.resolut.1.num.19. Galgan.de condit.part.2.cap.1. quaest.92.num.5. Cesar Angel.de contradict.legit.quaest.15.nu.107. Antonin.lib.1.var.resol.46.num.6. Steph. Grat. discep. for. 985. num.25.tom.5. Y deuiendo conuencer su prouança de necessidad en la proximidad de parentesco, no lo ha conseguido Antonio Iuan, y assi no le releua. *Ad tradita per Surd. decis 75. num.17.& decis.288.num.45. Barbos.in l.si quis intentione,nu.38. cum seqq de iudic. Seraphin. Rot Rom.decis.1103.num.2. Aloys. Ricc. in prax.rer for.Eccles.resol 586.num.2. in 2.edit.* Y semejante prouança se ha de regular contra si. *Iuxta gloss. in dict. cap in praesentia, verbo, dubium, de probat. Rebuff in tract. de reprobat. test. num.9 Rota per Farin.decis 854.num.1 in nouissim Surd.cons.311. num.54.& cons.483.num.5.*

Y quando la prouança no faltara en cosa alguna, no podia aora dañar a la Capellania, ni obra pia que tiene la hazienda querida, y posseyendola; porque con la sublenacion del Reyno de Portugal impedido el comercio con estos de Castilla, està imposibilitada de defensa, y de aueriguar lo contrario, y que Antonio Iuan no es pariente de Catalina Rodriguez, ni de sus hijas. *Ad tradita per DD.in l.2. cum suis §. §.si quis caut.& in l.qui commeatus de re milit.& in cap.fin. de elect. Menoch.de arbitr casu 118. Paris.de resig benefic. lib.11. quaest.13. per Mascard de probat. conclus.885. per tot praecipue, num. 8, ait.* Que para la defensa, y excepcion, es suficiente prueua del impedimento jurarlo; *ex Bal.in dict.l.2, §, quod diximus. Ias. & Rom.ex ratione l pen.§,docere, ff. ne quis eum,qui in ius vocat.&c.* El principio es claro, que semejantes prouanças se deuen hazer en los lugares originarios: *ad dicta per Corn. cons.198, num. 12, lib.2. Caputaq.decis.9,part. 2,& in Rota fuit saepius resolutum in impress.per Farin.deciss.335.num 5.part.2. Marsil. in l. de minore, §, plurimum,num.36,de quaestion. Menoch. cons. 195, num. 86.* Estos estàn impedidos con la hostilidad del tirano de Portugal, y no ay entrada, por la guerra viua; de manera, que el impedimento es legitimo. *Signor.cons.131,nu.3,latè Farinac. in prax. crim.quaest.11, num.57. cum seqq.* y asi la instancia se ha de suspender. *Rom. cons.443. Bal. cons 469, sanctissima recordationis,*

lib.4.

lib. 4, y la defensa de la obra pia, por la imposibilidad de probar sus excepciones, consiste en escusarla mientras dura la guerra *Iuxta Bal. cons.* 57, *num.* 3, *vers. in contrarium, vsque in fin. lib.* 5. *Flam. Paris. de resig. beneficio, lib.* 9, *quæst.* 13, *à num.* 52, *cũ seqq.* Y en impedimento tan notorio, ni aun de alegarlo se necessita: *Ita Bart. in dict. l. qui commeatus de re milit. Alex. cons.* 49, *col.* 2, *lib.* 2, *num.* 5. *Afflict. decis* 29, *num.* 2, *& ibi Vrsil. num.* 4. De todo resulta el que a Antonio Iuan le falta la prouança del pretenso parentesco, y consiguientemente la *ley* 6, *tit.* 13, *part.* 6. pues precediendo aquello, se le podia dar entrada en el ab intestato de Sebastiana, y no de otra suerte.

Ni el segundo argumento viene en consideracion, porq̃ lo que se arguye al testamento, por dezir los testigos de Antonio Iuan, que el dia ocho de Mayo, fue don Iuan de Ouando, y otro hombre, a que otorgasse testamẽto Catalina Rodriguez, y lo dexasse por Albacea, y que no estaua en su juizio, ni lo auia estado el antecedente, no lo destruye, antes lo afiança mas de verdadero, y legal, pues estando otorgado en primero de Mayo, ni el Escriuano lo reueló a don Iuan de Ouando, y que quando huuieran ido ambos a que hiziesse testamento, no excluye el que estaua ya hecho, ni desto se puede induzir, que Catalina Rodriguez no huuiesse testado libremente, y en su capazidad, como en realidad de verdad lo hizo, y toda esta maquinacion consiste en conjeturas de Antonio Iuan, que se deshazen con la manifestacion del testamento de dicho dia primero de Mayo *Hinc que est, quod conjectura cedunt veritati, l. nuptura, ff. de iure dot. l. fin. de eo, quod met. caus. l. cum de indebito. de probat. Surd. cons.* 37, *num.* 17. *cons.* 80, *num.* 19. *& cons.* 523, *num.* 18. *Gratian. discept. Forens.* 832, *nu.* 15. *&* 909, *num.* 23. *Tusch. lit. P. conclus.* 612. Ni era conueniencia, que por esta ida del Escriuano, y don Iuan de Ouando, quando fuera cierta, que no lo es, se destruyesse la disposicion de Catalina Rodriguez, que tanto fauorecen todos derechos. *Cap. tua nobis, de testam. l.* 1, *C, de sacros. Eccles. l. nulli, C, de Episc. & Cleric. Auth. de nupt.* §, *disponat, l. in conditionib. de condit. & demonstr. l. vel negare, ff. quemadmod. testam. aper. Spino, de testam. gloss.* 28, *num.* 5. *&* 6. *Dom. Couar. var. lib.* 3, *cap.* 6. *Raudens. de Analog. cap.* 30, *num.* 117.

Y de

Y de aqui nacieron tantos priuilegios, como son, que la vltima voluntad *de iure naturali potior fit, succesione filiorum, l. lege, & ibi Bal. num. 1, C, de legit. hered. Oldr. conf. 107, num 3. Magdalen de num. testi. in testam. requis. part. 3, cap. 3, num. 17.* que no se ha de inquirir el porque lo sintió, o lo quiso, *cum fit pro ratione voluntas. Mantica, de coniect. vltim. vol. lib. 3, tit. 3, à n. 1, vsq; ad num. 12. Pratis, de interpret. vltim. vol. lib. 5, interp. 1, dub. 1, à num. 1. Piumque est, no irritari voluntatem testantis, l. contra voluntatem, C, de testam. manum. Marescott. lib. 2, resol. 96. Dom. Couar. in cap. cum esses, num. 12, de testam.* Aunque sea en materia dudosa. *Ita Borrel. conf. 44, num. 40. Honded. conf. 77, num. 54. vol. 1: Mantic. vbi proxime, lib. 1, tit. 6. Tusch. lit. T, conclus. 90. Menoch. lib. 4, præs. 141, num. 40, eaque fauore testamenti semper sumenda est interpretatio, vt etiam contra filios sustineatur. Bal. in l. si pars, C, de in offic. testam. Fulgos. conf. 90. Grat. conf. 30, num. 26, vol. 2. Eugen. conf. 87, num. 55. Menoch. conf. 272, num. 11. Turret. conf. 100, n. 41, in 2. Bardell. conf. 44, num. 4, & si euidens resultet vtilitas, contraueniendo testatoris volũtati. Bero. conf. 124, num. 16, vol. 1. Raudens. dict. num. 117. Caualc. decis. 14, num. 8, & decis. 26, num. 21, part. 3. Aluar. de coniect. ment. defunct. lib. 1, cap. 4, num. 28. Pancir. conf. 59 num. 32. Dom. Molin. de primog. lib. 1, cap. 4, num. 28, vt nec Princeps eam subuertere posit. Petra de potest. Princ. cap. 24, num. 91. Socyn. Iun. conf. 65, num. 11, vol. 2. Alba conf. 143. Mãtica, de coniect. lib. 11, tit. 3, num. 9. Raudens. de analog. cap. 34, num. 117, & 124. Molina, disput. 249. Dom. Couar. dict. lib. 3, var. cap. 6, num 7, aut alterare, l. si testamentũ, C. de testam. quod speciale est in Papa, Clem. quia contingit de relig. domib. Petra. supr. cap. 13, num. 9, & cap. 17, num. 3.*

Ni lo que se opone al testamento, en quanto a que no lo firmô Gabriel de Carrança Escriuano publico, es de algun momento, porque si miramos a lo dispuesto por derecho comun, la mas recebida opinion es no ser necessaria la subcripcion del Escriuano ante quien se otorga la escritura publica: *Ita Alex. in Rubr. de nou. oper. nunt. num. 14, & plures alij laudati per Rolan. conf. 44, num. 40, lib. 1. Cardin. conf. 113, col. 2. Paul. Cast. conf. 204. Felin. in cap. cum P, tabellio, num. 5, de fide instr. Boer. quæst. 37, num. 10. Neuizan. conf. 24, num. 5. ex Bart. conf. 163. Dec. conf. 447, quos, & alios sequitur Iacob. Menoch. conf. 48. nu. 15. lib. 1.*

Y si se atiende al derecho de nuestra España, el testamento tiene la autoridad publica con solo la subscripcion que està a lo vltimo del registro, o escrituras protocoladas de aquel año de 49, *iuxta l.12, tit.25, lib.4, recop.* Y la exposicion de Iuã Guti. *lib.1, pract. quæst.139*, donde disputa esta quæstion, si se requiere en cada escritura particular la subscripcion del Escriuano: Y en el numero 2, resuelue, que es suficiente la que pone en el fin de los registros de cada año, ibi: *Existimo tamẽ, quod si in registro alicuius scriptura, vel forsan plurium ipsa subscriptio tabellionis deficeret, in fine tamen registrorum illius anni vbi defecisset in aliquibus subscriptio esset signum, & subscriptio ipsius met notarij attestantis omnes scripturas contentas in registro præsentis illius anni per se receptas fuisse, sufficere iuxta hanc nostrã, l. cuius hæc videtur esse mens præter quam si solum se referret tabellio in subscriptione prædicta ad illas scripturas præcedentes, quæ suo nomine essent subscriptæ tunc enim illæ tantum valerent, cæteræ verò quæ prædicta subcriptione carerent minimé per supradicta.* Y a esto parece que se ajusta *el señor Couar. pract. cap. 19, num 2, in fin.* Tratando de las dos subscripciones, ibi: *Quarum posteriori quod de quolibet anno diximus in specie cautum extat, priori verò generaliter statutum est sub certa pœna, quod tabellio signum proprium adijceat protocollis. Y la ley 54, & 55, tit.18, part.3, l,3, Tauri, quæ hodie est l,2, tit.4, lib.5, recopil:* se entienden quando en el fin de los registros de cada año ay subscripcion de Escriuano que dè fè, que todas aquellas escrituras se otorgaron ante èl, y son ciertas, y verdaderas, como sucediò en el caso presente, y lo que se assentò por la Capellania en su primero fundamento, queda bastantemente deshecho este argumento.

Y no obsta el tercero, en quanto a la substitucion pupilar hecha por Catalina Rodriguez en su hija Sebastiana, de edad de siete años: *Nec text. in dict. §, liberis, inst. de pupill. subst. & similes.* Porque aunque es verdad que la madre no tiene a los hijos en su potestad, por derecho comun (si bien por algunos estatutos se obserua lo contrario, y puedẽ hazer substituciones pupilares *ad latè dicta per Carol. de Mean. ad ius ciuil. Leodiens. obseruat.61*, y enlos propios bienes de sus hijos) y no la permite esta substitucion, que es efecto de la potestad patria, con todo dixo *Viglio, in dict. §, liberis, num.6*, que se asemeja

a la

a la pupilar que haze el padre, y que assi lo dà a entender *Africano, in l. mater 33, de vulgar. & pupil. subst.* En quanto a los bienes de la madre, y para que subsista, o se conuierte en la vulgar, o la contiene en si, y obra los mismos efetos que si fuera expressa. *Ita Ant. Gomez, tom. 1, var. cap. 3, num. 31. Mantica de coniect. lib. 5, tit. 3, num. 23, cum seqq. latissimè per Fusar. de subst. vulg. quæst. 24, num. 5. Michael. Graff sentent. §, substitutio, quæst. 7, num. 5, & 6.* Y contuuo los dos casos de impotencia, considerandose, segun se deue, primero la muerte de Sebastiana; *ad laté dicta per eundem Graff. quæst. 10, num. 4 Dom. Couar. in dict. §, 5, dict. cap. Raynutius, num. 5*, o el de la noluntad si sobreuiuiô a su madre, auiendo muerto luego sin acetar, ni aũ conocer la herencia de quibus abundè, dictũ est supra in fũdamento tercero.

Ni el quarto viene en consideracion, porque no se duda que Ant. Gomez diga, que los padres no pueden substituir vulgarmente a sus hijos, *dict. tom. 1, dict. cap. 3, num. 17, & c. 9, num. 40 per l. Quoniam in prioribus, C, de in offic. testam.* Que quitó todo grauamen, y condicion de la legitima, y lo era el impedir al hijo por la substitucion vulgar, transmitiesse la herencia no acetada en sus herederos ex testamento, o ab intestato, *per dict. l. Pantonius, de acquir. hered.* Y que le siguieron algunos DD. que refiere *Valdes ad Roder. Suar. in repet. dict. l. Quoniam in priorib. lim. 3.* Pero tambien es cierto, que la más segura opinion es la contraria, y auiendo nouissimamente disputado este punto *Merlino, in tract. de legitima, lib. 3, quæst. 13, n. 16 & 17.* puso las palabras siguientes: *Tertia conclusio est in substitutione vulgari, & hæc omnino valet, & de legitima nullo modò subducitur ea ratione, quia cum à voluntate filij pendeat ad implementum, illa non dicitur grauare, l. ita dubitari, de hered. instit. l. quandiu, vbi DD. de acquir. hered. Castrens. cons. 152, lib. 1. Ruin. cons. 114, num 15 lib. 5. Ant. Gabr. commun. opin. tit. de legit. conclus. 1, â num. 48 Vazquez, in dict. l Quoniam in priorib. num. 421, C, de in offic. testam. & ibi Suarez, in 3, limit. Segura, in l. coheredi, §, cum filio, vers. fallit quinto, de vulg. & pup. subst. Zanch. in l heredes mei, §, cum ita, nu. 30 part. 6, ad Trebell. Graff. in §, legitima, quæst. 38, num. 9, & de magis comm. Simon de Prat. tract. de interp. vlt. volunt. lib 3, fol. 52, n. 60. Gabr. cons. 117, num. 16, lib. 1. Decian. cons. 81, lib. 1. Peregr. tract.*

de

de fideicom. art. 15, num. 3 Mantica, de conteɫt. vlt. volunt. lib. 11, tit. 6, in prin. & plene. Surd. conſ. 458, num. 11, & 12, & ab hac opinione magis comm. nullò modo eſt recedendum, quamvis non nulli ab ea diſcedant vt Gomez var. reſol. cap. 3, num. 17, cum ſeq. & cap. 9, num 40, tom. 1. Y demas de la razon que trae eſte Autor, en comprobacion de ſu ſentir, refieren, y ſiguen otras los DD. citados, que con qualquiera dellas ſe quita toda duda, y ſe ſatisfaze al *text. in dict. l. Quoniam in priorib. & dict. l. Pantonius. Fuſar, de vulgar, quaeſt. 56, n. 1, vbi dicit magis communẽ, & veriorẽ.*

En el quinto ay muchos ramos a que ſe ha de ſatisfazer con el ayuda de Dios, y a lo que mira a redarguir el titulo de la colacion de la Capellania, y de ſu fundacion, y ereccion, aunque parece que obligaua a don Iuan de Ouando a que moſtraſſe el proceſſo de donde ſe sacó, *iuxta l. 118, tit. 18, p. 3, l. iubemus, C, de probat. l fin. C, ad l. Corn. de falſ. Crauet de antiq. temp. 3, part. num. 18 Bal. in Auth. ſed nouo iure, C, ſi cert. pet. Burg. de Paz, in l. 3, Tauri, 2, part. concluſ. 3, num 1073,* y que auiendo faltado en eſto, no deuen hazer fè los titulos originales de q̃ ſe vale. *Vt tradunt Roder. Suar. in l. poſt rem iudic. §, ſed pro euidentia, num. 34. Alciat. de praeſumpt. reg. 3, praeſumpt. 13. Boer. deciſ. 36, num. 8. Parlad. lib. 2, cap fin. ampliat. 3, num 15.* No embaraça, y los titulos merecen todo credito, y quanto contienen es vna prouança euidente, y que no neceſsita de altercacion ſobre ella. *Vt poſt Bal. in l. Imperator. col. 1, ff. de ſtatu homin. tradunt Ioſeph. Ludou. deciſ. Peruſ. 26, num. 13. Socyn. Iun. conſ. 189, num. 14, lib. 2. Rolan. conſ. 96, num. 17, lib. 3. Tiraq. de retr. linag. § 2, gloſſ. 1, num. 20, & ſeqq. Caualc. deciſ. 5, num. 68, part. 2. Cephal. conſ. 180, num. 16, & ſeq. & conſ. 286, num. 1. tom. 2.* Y le aſsiſte la preſuncion de ſer legitimo, y verdadero lo que ſe diſpone en ellos. *Ita poſt Bertran. conſ. 14, num. 15, vol. 2, tenent Beroius, conſ. 1, n. 18 vol. 2. Rolan. conſ. 46. num. 12. Burg. de Paz, conſ. 2, num. 1, & conſ. 39, num. 6, cum alijs Dom. Valençuela, conſ. 141, num. 15, & ſeq. & conſ. 169, num. 104.* Eſtando, como eſtân, autorizados de Notario mayor, y de otro ante quien ſe tomô la poſſeſsion de la Capellania, tan conocidos, que no ſe duda, ni ſe pone ſoſpecha en ſus ſubſcripciones, ni en la del ſeñor don Fernando de Queſada, Prouiſor deſte Arçobiſpado en aquella ocaſiõ, con que no eſtamos en el caſo de la *l. 115, de la Partida, ni de*

las

las demas referidas, ni de los DD. que hablan, quando se niega, que las personas que firmaron fuessen Notarios, o Iuezes; y no se ha puesto este obstaculo, solo dize Antonio Iuan, que no se les ha de dar fè, porque no parece el processo de donde se sacaron los titulos, y esto no puede dañar a la obra pia, ni a la Capellania. *Iuxta laté dicta per Dom. Couar. pract. dict. c. 19, num. 3, ibi, secundum, etiam vbi actus in scriptis praecesserit iuxta tradita in dict. l. contractus fides habenda est huic instrumento, quod ab ipsomet Notario traditum fuerit etiam si protocollū non appareat, nec probetur à producente instrumentum, eius amissio.*

Y la presuncion que procura Antonio Iuan contra los titulos, por no hallarse los autos, ni el processo, se retuerze cōtra èl; porque afirma Fernando de Silua, Notario mayor de estos Tribunales en el año de 49. que se presentaron papeles por don Iuan de Ouando, y se pusieron editos a la ereccion desta Capellania, y que se le hizo colacion della; y que despues pidiò letras, para que se inhibiesse el señor don Geronimo del Pueyo en el conocimiento desta haziēda, y que se despacharon primeras, y segundas, y no es dudable que para ello precedieron informacion, e instrumentos, cō que se justificaron en la forma ordinaria, *ex l. Gallus, §, quidam recte, de liber. & posthum. l. si hereditas, §, seruus alienus de testam. tutel.* Todos estos processos deshazian el intento de Antonio Iuan; y assi no serà temerario el dezir, que los ha ocultado, y es presuncion legal; y al proposito conduze muchas autoridades *la Rota Romana, decis. 368, num. 6, in fin. post 2, vol. consil. Farin. Mangil. de sub hastat. bonor. quaest. 200, num. 14; quia acta processus praesumuntur ablata, ab eo, cuius ea non reperiri intereat.* Y mas auiendo depuesto Blas Gomez, y Iuan Lazaro oficiales mayores, que fueron successiuamente en el oficio de Gabriel de Carrança, que Antonio Iuan hizo con ellos apretadas diligencias, para que ocultassen el registro del testamento de Catalina Rodriguez, o se lo entregassen; con que està conuencido en este genero de delitos, *ex cap. fin. de testib. cog. cap. sicut. de testib. cum traditis per Papon. lib. 22, tit. 13. Arrest. 2, & 5, asserentē,* q̄ sin llegar al efeto, se castiga este conato, *ex Bal. in Auth. Nouo iure, vers. quaero quid de eo qui tentauit, C, de poen. indic. qui mal. indic. per l. Imperat. de iure fisci, & l. 1, §, sed & si quis, ff. de*

 fals.



falſ. & ita fuiſſe indicatum teſte Boer. deciſ. 319, & qui ſemel eſt malus ſemper præſumitur eſſe malus maximè in eodem genere mali, l. de minore, §, pen. de quæſtion. §, ſancimus, in Auth. de teſtib. cap. ſemel, vbi Dyn. de reg. iur. in 6, Luc. de Penn. in l. 3, col. 3, verſ. decimo limita, C, de apoch. publi. Alcia de præſumpt. reg. 3, præſ. 2, lim. 5. Menoch. lib. 5 eodem, præſ. 1, num. 32. Y la obra pia, y don Iuan de Ouando eſtàn libres de qualquier conjetura de ocultacion, porque della no ſe les ſigue prouecho, antes ſi mucho daño. *Tradunt Rubeu. conſ. 15, num. 3 Crauet. conſ. 75, num 13. Rolan conſ. 38, n. 38 verſ. 1 Menoch. dict. lib. 5 præſ. 20, num. 48, & conſ. 221, lib. 2.* Y eſtá releuado de la exhibicion de eſtos proceſſos, y de otro qualquier modo de prueua en orden a que no tiene culpa en que no ſe manifieſten, antes le incumbe a Antonio Iuan, *ex l fin. in prin quod met. cauſ. l. ſiue nuptura, in fin. de iure dot. l. ſiue poſſidetis, C, de probat. Crauet. conſ. 60, num. 7. Natt. conſ. 514, num 29. Roland. conſ. 49, num. 56, lib. 1. Maſcar. de probat. concluſ. 1237, gloſſ. & DD. in l. tranſact. C, de tranſact. Surd. conſ. 61, num. 22, & conſ. 414, num. 40.* por tenerſe por cierto, que deſde el año de 49. haze diligencias para poner eſta demanda, y todo lo que le puede dañar, lo ocultò, que es propria paſsion, y ſoſpecha juſta, en que ha caido Antonio Iuan, por no auer pueſto eſta demanda haſta el mes de Iulio de 53. *Ita gloſſ. in Clem ſæpe, §, & quia, verbo, non obſtante, in fin, de V. S. Afflict. deciſ. 13, num. 21, verſ. 9, coniectura, & deciſ. 58, in fin. Put. deciſ. 245, num. 2, lib. 2. Pariſ. conſ 83, num. 27, lib. 1, laté Menoch. lib. 1, quæſt. 65, num. 5, & lib. 2, præſ. 91, num. 7, & ſeqq.*

Ni lo que pone contra la informacion ad perpetuam rei memoriam, tiene fundamento, porque la aſsiſte la preſuncion legal, en quanto auerſe hecho luego que ſucedieron las muertes, con que entonces ſe ſabia la verdad, y certeza de lo que auia paſſado. *Argum. cap. quoſdam, 7, ibi, quanto viciniores eſtis, credo, quod ſubtilius cognouiſtis, cum cap ſeq de præſumpt. DD. in l. 1, ff. ſi cert. pet. & in l. ſi ita in fin. de fund. inſtruct. Felin. in cap. literis, de præſumpt. latiſsimè per Menoch. lib. 6, præſumpt. 24, num. 14, cum ſeqq.* Y ſe hizo ſegun el eſtilo, y coſtumbre que ſe tiene en ſemejantes informaciones, que es a lo que ſe ha de eſtar. *Scribunt Cardin. in dict. Clem. ſæpe, §, per hoc de V. S. Alex. conſ. 240, num. 2, lib. 6, & conſ. 58, num. 10, lib. 7. Dec. in l. edita,*

num. 2,

num.2,C,de eden & conſ.11,num.16.Marſil.ſing.18. Afflict. deciſ. 155,num 3,& deciſ.253,num.4. Caſſaneu,conſ.68,num.47. Curt. in l.more,num.11,de iuriſd.omn.iudic quos, & alios ſequitur. Menoch. lib.2,præſ.8,num.10,cumſeqq. ſin que ſea neceſſario citar a perſona alguna: *ad tradita per Hoſtienſ. in cap. Quoniam frequenter, col.2,vt lité non conteſt.* Y porque la coſtumbre tiene introduzido, que en eſtas informaciones no ſe neceſsite de citar a perſona alguna. *Bal.in Auth.ſi quis in aliquo, C, de edendo, col. 2, verſ.ſecundo requiritur. Alex.conſ.65 col.vlt.vol.1.Dec.conſ.163 col.7,verſ.& non eſt dubitãdum, quos & alios ſequitur Aſin. in prax. iudic.§,7,limit.80, num.1.* Y tanto menos no actuandoſe, ni auiendo de ſeguirſe ſentencia, tunc enim citatio non requiritur quia figura iudicij ſeruanda non eſt; *Bart. in extraug. ad reprimendum,verbo,figura,in fine, quem ſequitur Cuman.conſ.7,n.7. Aſin, vbi proximè, dict.§,7,limit.34,num.1,& ſeqq.* Y quãdo fuera preciſſa la citacion auia ceſſado, con que a quien ſe deuiò hazer, era a Maria Rodriguez, medio hermana (que ſe dezia) de Catalina Rodriguez, y fue la que jurò como teſtigo en la dicha informacion; y aſsi, quien deuia hazer la contradicion, eſtaua impoſsibilitada, por auer ſido teſtigo. *Ita voluerunt Rom conſ.212, per text. in l. ſi eum ſeruum, §, ſi quis ſeruum, ibi, vel ſi præſens eſſet, & in §, ex iuſta, ibi, non eſſe vocati, ff de fideicom.libert. Marſil. in Rubr. de probat. num. 219. Abb.poſt Ioann. Andr. in cap.cum olim, verſ.ſecunda cauſa de re iudic. cum alijs per Aſin. ſupra dict.§,7, limit.43*, y no ſer meneſter, por auerſe hallado præſente a aquel acto, *l.iudices cum Auth.ibi,poſita, C,de fide inſtrum. Auth.principales, C,de iureiur.propter calum. & c. cap. præſentium, de teſtib.lib.6, l.generaliter, §, his de præſentib. C, de reb credit.*

Tambien ſe arguye eſta informacion de ſupueſta, eſtriuãdo Antonio Iuan en que los teſtigos que eſtân viuos preſentados por don Iuan de Ouando, para que ſe ratificaſſen, afirman, que no depuſieron lo que ſe contiene en la informacion, y que ſe deue eſtar, y paſſar por lo que aora hã depueſto: a que ſe ſatisfaze, que la determinacion del derecho tiene cõtra ſi, y que las primeras depoſiciones ſon las que merecen credito, y por donde ſe ha de juzgar, aſsi por lo referido, como porque ſe preſumen ciertas, y verdaderas maximè, auiendolas jurado ante Iuez competente, y el Eſcriuano publico,

blico, y interpuestose la autoridad judicial. Y las segundas, por inciertas, y falsas. *Cap. cum in tua 44, circa fin. de testib. vbi gloss. cap. per tuas de probat, ibi, cum nimis indignum sit iuxta legitimas sanctiones, vt quod sua quisque voce dilucide protestatus est, in eundem casum proprio valeat testimonio infirmare, l. generaliter. Vbi Bal. num. 3, C, de non num. pecun gloss. verbo, innocetes, in cap. 1, de except. Specul. tom. 1, tit. de teste, §, apponitur, num. 70. Bart. cons. 86, n. 1, part. 1. Dec. cons 174. Dom. Couar. lib. 2, var. cap. 13, num. 8, vers. tertium est. Honded. cons. 93, num. 23, tom. 2. Fari. de testib. quaest. 64 num 124, cum seqq. & decis. 414 num. 3, part. 2, tom. 2. Menoch. lib. 2, de arbitr. casu 108, & cons. 37, num. 146, tom. 1.* Las razones en q̃ se fundan los textos, son, porque la deposicion segũda se presume negociada, y diligenciada. *Menoch. dict. casu 108, num. 10 & seq. Rebuff. in tract. de reprobat. & saluat. testium, num. 141, vers. nono.* De que no se puede dudar en el presente, pues auiendo hecho diligencias Antonio Iuan, para ocultar el testamento, mejor las haria para induzir testigos, y mas siendo parientes, y feligreses del Reyno de Portugal; y porque el derecho que por las primeras deposiciones se adquirió a la Capellania, y obra pia, no lo pudieron por las segundas desradicar, ni quitar. *Ita Iul. Clar. in prax. sentent. §, fin. quaest. 53, num. 13, ex l. fin. in fine, ff. de pact. & DD. ibi, l. stipulatus 64, de iure dot. Bal. in l. cum á socero, num. 1, 2, & 7, C, eodē. Ias. in l. qui Romae 121, num. 18, ff, de verbor. oblig. Tiraq. de retr. conuent. §, 1, gloss. 7, num. 18, & trib. seqq. Rol. à Vall. cons. 69, incip. pro fundam. n. 47, vol. 4. Menoch. d. cas. 108.* Y aquellas contienē verosimilitud, por auerse hecho luego q̃ sucedieron las muertes, quādo no huuo preuencion, *ex dict. cap. quosdam de praesumpt. tradunt Bart. in l. 2, C, de naufrag. lib. 11. Ioann. Anan. in cap. excommunicationi, col. antepen. de raptorib. Angel. & Castrins. in l. cum hi, §, transactiones, ff, de transact. Rolan. cons. 73, num. 33, lib. 1. Crauet. cons. 6, num. 49. Socyn. cons. 253, col. 2, vers. nec etiam, lib. 2. Ioann. Gutier. cons. 35, num. 22.* Y en tanto grado, que si concurren primeros, y segũdos dichos contrarios, y aquellos no jurados si les assisten conjeturas de verdaderos, y faltan en estos, se deue estar por los primeros, *ex Abb. & alijs tenent Felin. in dict. cap. cum in tua, num. 7, vers. idem dicas de testib. Greg. Lopez, in l. 41, tit. 16, part. 3, gloss. 3. Morot. resp. 61, num. 3.*

Y con-

Y conduze al proposito, que en las segundas deposiciones Maria Rodriguez estaua ya enemistada con donIuan de Ouando, pues en su mismo dicho refiere que la tratô mal de obras, y de palabras, y lo mismo dàn a entender los demas de la informacion ad perpetuam, y despues se retrataron, cõ lo qual no merecen credito alguno, *l. 3, circa prin. de testib. l. si quis, C, eodem. Auth de testib. §, si quis verò, col. 7, cap. super eo, cap. quoties, eodem. Aldobrandin. in §, inimicitiæ, inst. de excus. tutur. n. 38 Greg. Lopez, in l. 32, tit. 14, part. 3, gloss. 2, & 3. Dom. Couar. in pract. cap. 18. Rolan. cons. 37, num. 11, vol. 3. Menoch. lib. 2, de arb. casu 239, num. 8. Farin. dict. tract. de testib. quæst. 53, num. 7, & quæst. 64, num. 42 Ioann. Gutierr. dict. cons. 35, n. 12. Cicer. in orat. pro Fonteio, ibi, noluerunt maiores nostri hanc patere inimicitijs viam vt quem quisque odisset, eum testimonio tollere posset, ementiuntur sæpe in eos quos oderunt, cap. accusatores, 3. quæst. 5. Tiber. Decia. lib. 3 tract. crim. cap. 25, num. 1.* Y don Iuan de Ouando no puede perjudicar en cosa alguna a la obra pia, ni a la Capellania, ni en auer intentado, y pedido que se ratificassen estos testigos, *argum gloss. fin. in cap. vlt. de præsumpt. vbi Abb. num. 42, cap. 2 iuncta gloss. verbo, conuentum, de testib. lib. 6. Tiraq. de retract. linag. §, 1, gloss. 14, num. 48, in prin.* Y vltimamente, auiendo jurado a fauor de la obra pia, que demas desto, es el reo desta causa, no pueden retorzer sus deposiciones en contra, *ad tradita per Dec. cons. 188, num. 12. Zephal. cons. 234, num. 10, vol. 2. Alciat. de præsumpt. Reg. 2, præs. 29, num 13. Abb. in dict. cap. cum in tua, n. 9. Bass. tit. de oppos. contra test. num. 5. & 6,* ni mudar su sentir en su perjuizio, *ex reg mutare, de reg. iur. lib. 6. Rebuff. in l. diuus, super gloss. 1, num. 20, ad Senat. Consult. Syll. Dom. Valenç. cons. 102, n. 19.*

Pro coronide, indiuiduando las prouanças mas en lo tocante a todo este negocio, se ha de considerar, que las que miran a la firmeza del testamento de Catalina Rodriguez por la obra pia, son muy releuantes, assi por el instrumento y el Escriuano publico que lo anima, y autoriza. *Iuxta Bart. in l. ne in arbitris, num 3, C, de recept. arbitr. teste Asin. in prax. iudic. §, 16, cap 5. Auilés, in cap. Prætor 1, num 6.* Como por los testigos tres instrumentales Escriuanos de Seuilla: y otro que se hallô presente al otorgar el testamento, contra quien no se ha puesto defecto alguno, ni lo ay. Con que la conclusion

de todos es especifica, y concluyente de necessidad. En quãto al otorgamiento del testamento en 1. de Mayo del año de 49. y se deue preferir a la prouança vaga, y de conjeturas muy futiles de Antonio Iuan, *ex l. pen. de in integr. restit. Mascard. de probat. conclus. 225. num. 15, vol. 1. Innocent. in cap. Auditis, de prascript. num 4. Hippol. in pract. §. diligenter, num. 198, & in l. de minore, §. plurium, num. 100, de quaest. Farin in prax. crim. part. 2 quaest. 65, num* 170. *Cardin. Seraphin. Rot. Rom. decis.* 818, *num.* 5. Y de testigos tan viles, que por sus calidades, y defectos no merecen credito alguno. *Tradunt Thom. Gramm decis. 11. n. 3, & seqq. & ibi Add. cap. in primis, vers sed & de, & vers. quod autem, a quaest. 1. Dom. Valençuela, cons. 161, num. 73. Rolan. cons. 3, num. 51 vol. 3, cons. 24, num. 61, & cons 57, num 41, vol. 4. Zephal. cons. 65, num. 28, & cons. 250, num. 33. Bursat. cons. 20, num 43. Bertaz. cons. crim 3, num. 21, & 32, vol. 1.* Ni en los casos que se juzgan por de dificil prouança, como notó *Mascardo, de probat. conclus. 1365, num. 20, vol. 3.* Y quando huuiera alguna duda, que no ay rastro della, se ha de preferir la que apoya el testamento, para que valga, y tenga efecto la disposicion. *Ita Ias. cons. 13, in fin. lib. 3, & cons. 112 num 1, lib. 4. Neuiz. cons. 26, num. 7.* Y mas auiendo dispuesto en èl Catalina Rodriguez por su anima. *Ad dicta per Alex cons. 12 col. vlt. vers. & dictum Petrum, lib. 1 quem & alios sequitur Iacob. Menoch. lib. 4, praes. 8, per totam maxime, num. 34, & seq.* Y si huuiera igualdad en prouãças, la obra pia, y Capellania, y reo tiene la prelacion, *l. fauorabiliores, de reg. iur. l. matrem, C, de probat. cap. ex parte, de rescript. Menoch. lib. 2 praes. 90, num. 1. Thomasset. reg. 120: Seneca, epistol. 83, lib. 11, ibi, quemadmodum sententijs paribus, reus absoluitur, & semper quidquid dubium est humanitas inclinat in melius, &c.*

En lo que toca a las muertes de Sebastiana, y su madre, y qual fue primero, tiene la obra pia, y Capellania seis testigos contestes en los plenarios, y los de la informacion ad perpetuam, que auiendose de estar, y passar por sus primeras deposiciones juradas, hazen el numero de onze, en orden a que Sebastiana muriô antes que Catalina Rodriguez tres horas poco mas, o menos: Antonio Iuan reduxo para su intento siete testigos de vista, en quanto a que muriô primero Catalina Rodriguez, y despues su hija Sebastiana, incluyendose

en

en estos los de la informacion ad perpetuam que se retrataron; y los de la informacion que hizo ante la Iusticia Real, q̃ depusieron de oidas, y en los plenarios los mas dellos concluyeron de vista sobre lo mismo: de manera, que los quatro de la informacion ad perpetuam, que actualmente estàn viuos, no pueden seruir à Antonio Iuan por lo que està suficiẽtemente fundado, ni con color de que han depuesto que no dixeron las primeras deposiciones; porque no merecen fè, ni credito en esto. *Ad dicta per Bal. in cap. ad audientiam, num. 4, de præscript. ibi: Item nota quod non creditur testibus dicentibus, quod tabellio, non scripsit verum, quia cum quilibet sit receptus seorsum altero inscio sunt de necessitate singulares in dictis suis: examinatoribus autem bené crederetur, quia eorum intrauit secretum, vt C, de testibus nullum, &c.* Ni con que don Iuan de Ouando los presentó en el plenario, porque ni ellos, ni èl pudieron perjudicar a la Capellania, ni por ello aprouò lo que auian de testificar: *iuxta eundem Bal. in cap. in nostra, num. 4, de testib.* ibi: *Nam ille, qui producit testes non intelligitur dicta eorum confiteri, quia ignorat ea; & ideò potest quorundam attestationes approbare, & aliorum reprobare. Rota apud caput, deciss. 271, part. 3, quia licet videatur producens testes approbare eorum personas, non autem eorum dicta, quæ ignorat, & sine scientia non datur approbatio, l. mater, vers. nec enim, de in offic. testament. & quia non est videndus, quod vno tempore voluisset duo contraria, l. non ad ea ff. de condit. & demonstr. vt in impress. per Farin. decis. 248, num. 2, part. 1.* Y quando *citra verioris opinionis præiudicium*, de que se estè a las primeras deposiciones, se huuiera de seguir la que refiere, que no se juzgue, ni por las primeras, ni las segundas contrarias, *vt tradunt multi laudati per Dom. Valençuel. dict. cons. 102, num. 13, cum seqq.* Vienen a quedar firmes, y habiles a la obra pia siete contestes, en que Sebastiana muriò primero, y a Antonio Iuan no le assiste alguno, porque en los demas se ajusta, que ante la Iusticia Real afirmaron de oidas, que es a lo que se deue estar, y despues deponen de vista, con que son varios imo contrarios en la razon que dàn de sus dichos. *Laté Farin. de testib. quæst. 66, num. 353, cum seqq.* Y la vileza de sus personas es muy notoria.

Y es de ponderar, que *Domingo Martin*, de oficio barrero, que auia jurado en las primeras informaciones por Antonio Iuan

Iuan en la vltima, lo introduxo, y sin mencionar sus deposiciones, ni ratificarse en ellas, testifica como nueuo testigo debaxo del nombre de *Domingo Tomé barrero, fol.* 287. para aumentar el numero de testigos en las muertes de Catalina Rodriguez, y Sebastiana. Y otro se nombra *Ambrosio Gõçalez*, y que viue en la calle de la Vitoria de Triana, y se hizo exactissima diligencia, y no se hallò tal hombre; y aunque diga Antonio Iuan, que don Iuan de Ouando no puede tachar los testigos de quienes se valiò, y vsò primero, como son los quatro de la informacion ad perpetuam. *Viu. decis.* 270, *lib.* 2, *Boer. decis* 149, *num.* 16, *& seqq.* se satisfaze, con que auiendo sobreuenido la causa de la reprobacion de semejantes personas, despues de sus primeras deposiciones, por auerse retratado en las segundas, le quedó libertad para ponerlos esta, y otras tachas. *Ad latè dicta per eundem Boer. dict. decis* 149, *num.* 17 *quem sequitur Fontanel. de pact. nupt. part.* 1, *gloss.* 10, *claus.* 4, *num.* 93, *& seq tom.* 1. *ex reg quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio, & remedio, l.* 1, *in prin. de ventr. inspic. l. de ætate*, §, *ex causa, de interrog. act. l. si iure, de reivindic. Gonçalez, ad reg.* 8, *Cancel. gloss* 4, *num.* 97. *Tusch. lit. E, conclus.* 45. Y lo que opone a los testigos de la obra pia, es, que Leonor de Sayas auia depuesto de vista en las muertes de Sebastiana, y de Catalina Rodriguez, y despues depone de oidas, tiene facil respuesta con lo assentado supra en quanto a que se ha de estàr a lo primero, y no al segundo dicho. Y a otro que es compadre de don Iuan de Ouando, ya se vè que no le toca principaliter este negocio, sino a la obra pia. Y en quanto a que los vezinos de Castilleja de la Cuesta afirmaron que eran capatazes de Andres Duarte, y que se aueriguò por Antonio Iuan no lo auian sido, ni tenia alli hazienda, se responde, que el tenerse ellos por capatazes, por auerlo seruido en algunas encomiendas, no desvanece sus deposiciones, ni las haze sospechosas, y menos por ser en materia que no conduze para el negocio substancial, que fue cerca de auer visto morir a Sebastiana, y despues a su madre: y assi esta contrariedad procurada no viene en consideracion. *Iuxta Beroi. in cap. licèt causam, num* 37, *de probat. Neuizan. cons.* 48. *num.* 7. *Rota, in vna Placentin. administ. Sacram.* 10, *Maij anno* 1581. *coram Cantucio, & per*

Farin.

Farin. decis. 242, num. 12, part. 2, in posthum. Y en esto reciben se paracion estas deposiciones, y no se vician en lo principal, por vn accidente de tan poco momento, como es el que fuessen, o no capatazes de Andres Duarte, *vt aduertit Iacob. Menoch. lib. 5. præsumpt. 22. num. 15.*

Mayormente, que caso negado padecieran algunos testigos de la obra pia algunos defectos, estos se hazen habiles, y dignos de credito con los otros a quienes no se les han puesto tachas, ni las tienen. *Quia testes inhabiles ex habilitate aliorum firmantur in suis depositionibus. Alex. cons. 56. num. 12. lib. 2. Rom. cons. 290, in fin. Ruin. cons. 92. num. 4. lib. 1. Ant. Gabr. comm. tit. de testib. conclus. 5, num. 1. Seraphin. decis. 241, num. 2, & pluries per Rot in impress. per Farin. decis. 702, part. 1, tom. 2, num. 6.* Con lo qual el numero de testigos de la obra pia, y Capellania es mas copioso en el particular de que Sebastiana muriò primero, y despues su madre, y que no tienen interès en este negocio, y los de Antonio Iuã son interesados como Maria Rodriguez, y los demas del Reyno de Portugal; y assi aquellos vencen en muchas calidades que faltan en estos, *ad latè dicta per Greg. 15. decis. 100. per totam, vbi Beltram. addit.*

Y quando se tenga esto por materia dudosa, en qual de las dos muriò primero por la diuersidad de los testigos, considerandose, que ambas, hija, y madre estauan heridas de la peste, y contagio, y que murieron en aquella ocasion, q̃ viene a ser la misma que en guerra. *Iuxta tradita per Ruin. cõs. 120 num. 4. lib. 5, & DD. in l. vlt. C. de testam. Ioann. Zephal. cons. 776. num. 19.* o en ruina, o naufragio, se deue gouernar el punto por la presuncion legal. *In l. qui duos, §. vlt. in fin. de reb. dub.* ibi: *Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater superuixisse, & in l. si mulier, ff. eodem, ibi, cum filio impubere mater naufragio perijt priorem filium necatum fuisse intelligitur. Papinian. in l. inter socerum, in prin. de pact. dotal. Ioan. Andr.* la llamo presuncion natural *in addit. ad Specul. tit. de præsumpt. § species, num. 5, verbo, in prædictis. Dyn. & Oldrad. quos laudat Alciat. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 49, num. 1. Socyn. in l. quod de pariter, num. 6, de reb. dub. Hug. Donell. in dict. l. qui duos, § cum bello. Dom. Couar. lib. 2, var. resol. cap. 7, nu. 9, vers. nam quod adducitur. Natura enim ipsa suadet impuberem prius decessisse, quam patrem, vel matrem, tum ob terrorẽ,*

qui in impubere maior est, quam in pubere, & adulto tum ob doloris impatientiam, tum ob debilitatem, seu infirmitatem virium, & corporis, infirmitas demum corporis efficit, vt pueri minus possint morti obsistere. Y es en tanto grado, que aunque estuuiessen en lugares muy distantes, auiendose herido a vn tiempo de la peste, o contagio, corre la misma conjetura. *Vt contra Donell. tenet Iacob. Menoch. lib. 6. præs. 50. num. 32. & seq.* de quien es este discurso. *Ioseph. de Rustic. de fideicom. lib. 4. cap. 4. num. 35 quem sequitur Mar. Giurb. ad consuet. Messan. cap. 10. gloss. 2. num. 7.* De suerte, que la distincion que forman los textos, y DD. es, que muriendo a vn tiempo padres, y hijos, y no houiere certeza quienes murieron primero, si estos son menores de catorze años, se presumen auer muerto primero que los padres; y si son mayores, se juzgan aquellos. *Vt tenent Acosta, in dict. l. qui duos, §. cum in bello, num. 8. de reb. dub. Cassan. cons. 19. num 15. Gallin. de verb. sig. lib. 8 cap. 9. num. 16. Carpan. Mediolan. stat. 298 num. 26 part 1. Polidor. Rip. obser. 323 num 8 Bott. cons. 80 n. 4. Peregr. tract. var. lib. 6. num 171. & de fideicommiss. art. 43. n. 51. & seqq. Tepat. var. tit. de reb. dub. ecl. 13. Tusch lit. M. conclus. 401. Mantic. de tacit. lib. 12. tit. 33. num. 39 Vincent. Franch. decis. 454. & ibi Add. Fusc. sing. 40. & 67. Giurb. vbi proximè, dict. gloss. 2. num. 5. & 6. & cap. 12. gloss. 1. num 7.*

Otra presuncion tiene contra si Antonio Iuan, en quanto a que muriò primero Sebastiana, porque se trata de succession de padre a hijo, que fallecieron a vn tiempo. *Et tunc filius præsumitur prius mortuus, ex dict. l qui duos, dict. §. cum in bello, & §. fin. in fin. de reb. dub. Socyn. Sen. in dict. l. pariter, num. 6 eodem. Grass. in §. fideicommissum, quæst. 33. num. 7. Alex. Trentacinq. de subst. part. 4. cap. 7. num. 76. Mascar. de probat. conclus. 1344. Odd. de compend. subst. quæst. 2. art. 2 num. 6. Intrigliol. de subst. cent. 3. quæst. 56. num. 8. Menoch. lib 6. dict. præs. 50. num. 30. quos, & alios sequitur Vincent. Fusar. de subst. fideicomm. quæst. 316 num. 2.* Y aun en caso de que Sebastiana fuera mayor de doze años, por estar substituida la obra pia, y Capellania, se presume auer muerto primero, para que tenga efeto. *Vt eleganter aduertit idem Fusar. num. 7. ibi. Secundus casus est, quando pia causa erat substituta, & filius erat pubes, & tunc præsumitur quod est fauorabile piæ causæ per ea, quæ scribunt Socyn. Sen. in dict. l si mulier, num. 3. & 4.*

de

de reb. dub. Menoch. lib. 6, praesf. 50. num. 25. Rustic. dict. lib. 4. cap 4 num. 29. Y estando, como està, posseyendo la obra pia subſtituida, tiene precissa obligacion Antonio Iuan de aueriguar clara, y patentemente, que murió primero Catalina Rodriguez. *Ex Bart. in dict. l. qui duos, dict. §, cum in bello, de reb. dub. Imol. in l ex facto, & ibi Castrens. ad Trebell. Crot. in cap. Rainutius, col. 12, de testam. idem Paul. Castrens. cons. 388, pro declaratione primi dubij, lib. 1. Dom. Couar. lib. 2, var. dict. cap. 7, num 6, vers. quintus casus. Mantic. de conect. vlt. vol. lib. 11, tit. 4, num. 6, vers quintus casus. Ant. Gabr. de probat conclus 6, num. 27. Mascard. dict. conclus. 1344, num. 13. Intrig. de subst. dict cent 3, quaest. 67, num. 7. Fachin. lib. 6, controu. iur. cap. 44.* Y bien se reconoce que le falta prouança, y que la que procurò es tan obscura, y turbia, que no le puede seruir, ni aprouechar: de que se sigue, que la Capellania, y obra pia han de ser absueltas, y dadas por libres por la regla. *Actore non probante reus absoluitur, ex l. extat. 25, de iure fisci, l. vlt. C, de reiuind. cap. vlt. 6. quaest. 5, cap cum Ecclesia, de caus poss. & prop. cum similib. Tusch. lit. A, conclus. 117. Surd. de alim. tit. 6, quaest. 4, num. 9 & quaest. 12, num 7.* Y porque la probança incierta, y dudosa, ni es concluyente, ni releuante, ni ayuda al actor. *Ad laté dicta per Hippol. cons. 20, num. 8. Marcar. de probat. cóclus. 1363. num. 6. Surd. decis. 75, num. 17, & decis. 288, n. 45, & vtrobiq. Hodierna addit. Barbos. in dict l. si quis intentione, n. 38, cum seqq. de iudic.* Y assi se espera que V. md. ha de dar por libres a la Capellania, y obra pia, de todo lo que pretende Antonio Iuan. Saluo, &c.

Morales
Yeluno